



EL “CHILD GROOMING” EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL

Análisis de la figura delictiva del artículo 183 ter 1
del Código Penal Español

CHILD GROOMING IN THE SPANISH PENAL LAW

Analysis of the criminal figure in the article 183 ter 1 of the
Spanish Penal Code

Las tecnologías de la información y la comunicación no paran de crecer. Esto provoca la aparición de fenómenos peligrosos para la sociedad. Aquí surge el “*child grooming*”. Un fenómeno que se caracteriza por involucrar como víctimas uno de los sujetos que merecen más protección en nuestra sociedad: los menores.

Information and communication technologies don't stop expanding. This causes the appearance of dangerous phenomena for society. *Child grooming* appears here. A phenomenon that is characterized by involving as victims those who merit special attention in our society: the minors.



Autor: Alejandro García Alonso

Director: José Eduardo Sainz-Cantero Caparrós

Titulación: Grado en Derecho

Convocatoria: Junio de 2018

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	Pág. 3.
II. EL “CHILD GROOMING”.....	Pág. 6.
1. Concepto de “child grooming” y su manifestación en España.....	Pág. 6.
1.1 Manifestación fenomenológica en España del “child grooming”....	Pág. 6.
1.2 Concepto de “child grooming”.....	Pág. 10.
1.3 El “child grooming” tipificado en el ordenamiento jurídico español.....	Pág. 14.
1.4 Fases del “online child grooming”.....	Pág. 15.
2. Antecedentes histórico-legislativos del “child grooming” en España.....	Pág. 16.
III. ANÁLISIS DEL DELITO DEL ARTÍCULO 183 TER 1 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....	Pág. 21.
1. Bien jurídico tutelado.....	Pág. 21.
2. Análisis de los elementos objetivos del tipo.....	Pág. 24.
2.1 Estructura y naturaleza del tipo delictivo.....	Pág. 24.
2.2 Sujetos del delito.....	Pág. 27.
2.3 La conducta típica.....	Pág. 29.
2.3.1 Contactar con un menor de dieciséis años a través de las tecnologías de la información y la comunicación.....	Pág. 30.
2.3.2 Proposición de un encuentro con un menor de dieciséis años.....	Pág. 33.
2.3.3 Actos materiales encaminados al acercamiento.....	Pág. 34.
2.3.4 Con el fin de cometer cualquier delito de los artículos 183 y 189 del Código Penal.....	Pág. 36.
3. Problemas de antijuricidad: el consentimiento del sujeto pasivo en el “child grooming”.....	Pág. 37.
4. Culpabilidad.....	Pág. 40.
5. Penalidad.....	Pág. 41.
6. Concursos.....	Pág. 42.

7. El tipo agravado del inciso final del número 1 del artículo 183 ter.....	Pág. 45.
IV. VALORACIONES FINALES.....	Pág. 47.
V. ANEXOS.....	Pág. 50.
1. Bibliografía recomendada.....	Pág. 50.
2. Jurisprudencia citada.....	Pág. 53.
3. Anexo normativo.....	Pág. 53.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día estamos sumergidos en un mundo donde las tecnologías de la información y la comunicación se encuentran a la orden del día. El desarrollo que están protagonizando en la última década ha alcanzado tal magnitud que ha dado lugar a la aparición de nuevas fenomenologías conflictivas para la sociedad o, incluso, han hecho mutar a las fenomenologías conflictuales ya existentes.

Uno de los ámbitos en donde las tecnologías de la información y la comunicación han irrumpido ha sido en la vida de los menores. Éstas se han convertido en un instrumento indispensable en todos los aspectos de sus vidas, ya sea social, familiar, educativa, etc. Ha llegado a un punto en el que no son necesarios los datos estadísticos para poder percatarse de tal situación: ¿quién no tiene en su familia un menor que va con una “*tablet*” bajo el brazo? o, ¿qué menor no cuenta con “*Instagram*”, “*Facebook*”, “*Twitter*”, o cualquier otra red social?

Esta exposición de los menores, que resulta evidente, no queda libre de riesgo. Internet, las redes sociales y otras tecnologías de la información y la comunicación son medios idóneos para delinquir, conteniendo un lado oscuro. Un lado oscuro donde se encuentran sujetos que, debajo del anonimato que les ofrecen tales tecnologías, se convierten en verdaderos depredadores de menores, aprovechándose de la inocencia de éstos para obtener, mayoritariamente, satisfacciones de carácter sexual.

Ante ello, surge la necesidad de que el legislador intervenga para poner freno al riesgo en el que se está viendo un colectivo de la sociedad que merece una especial protección.

Partiendo de esta realidad expuesta, uno de los fenómenos que el legislador ha tipificado es el que va a ser objeto de estudio de este trabajo. Este fenómeno se conoce como “*child grooming*”¹.

¹ La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, donde se introdujo por primera vez la tipificación del “*child grooming*”, ya empleaba como justificación, en el apartado XIII de su Exposición de Motivos, un argumento que se encuentra íntimamente relacionado con lo expuesto: “*la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de*

Los motivos que me han llevado a elegir el fenómeno del “*child grooming*”, como objeto de estudio, son varios:

- El primer motivo reside en el especial interés que despiertan estos delitos, que se caracterizan por la presencia de un elemento informático o tecnológico. Son delitos de reciente creación, ya que hacen frente a modalidades delictivas nuevas o evolucionadas a raíz del desarrollo continuo que sufre la sociedad. Debido a ello, surge la necesidad de establecer una respuesta para ponerles freno y crear una efectiva protección de los bienes jurídicos que se están lesionando.
- En segundo lugar, el sujeto pasivo que se ve implicado en este delito hace que, al ser un sujeto que se caracteriza por su inocencia y por encontrarse en una etapa de desarrollo de sus caracteres básicos que le marcarán como persona, genera una especial preocupación. Esta situación genera gran interés en observar como el legislador afronta tal problemática.
- En tercer y último lugar, este fenómeno posee un elemento de actualidad como es el empleo de las redes sociales, ya que son el instrumento que más usan los menores, además de ser la mayor fuente de riesgo para ellos. Esto supone un aliciente para indagar sobre él y sobre el tratamiento que se le ha dado jurídicamente.

Por todo lo presentado, lo que se va a estudiar en este trabajo es qué entender por “*child grooming*”, y si la idea que se tiene sobre el fenómeno coincide con la que se ha tipificado en nuestro ordenamiento o, por el contrario, es distinta o presenta variaciones.

También se va a estudiar cómo el legislador español ha procedido a la regulación del fenómeno, analizando si era necesaria su tipificación, así como los problemas derivados de la fórmula empleada por éste para regularlo, acompañado de las soluciones que se le pueden dar a tales problemáticas.

Para resolver dichas cuestiones, se procederá a realizar un estudio de las distintas definiciones que la doctrina ha arrojado sobre “*child grooming*”. Además, se analizarán las manifestaciones que ha presentado éste en nuestro país y los distintos instrumentos supranacionales y nacionales que lo han tratado. A parte de eso, se procederá a realizar un estudio analizando y pormenorizando el artículo 183 ter 1 del Código Penal,

indole sexual”. Ya se hacía hincapié, por tanto, en la lesividad que estaban generando las acciones que brotaban del empleo de las tecnologías de la información y la comunicación sobre los menores.

recientemente introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

II. EL “CHILD GROOMING”

1. CONCEPTO DE “CHILD GROOMING” Y SU MANIFESTACIÓN FENOMENOLÓGICA EN ESPAÑA

1.1 Manifestación fenomenológica en España del “child grooming”

A día de hoy nos encontramos en una era donde el desarrollo de la tecnología va a una velocidad vertiginosa. Las tecnologías de la información y la comunicación, también identificadas con el término TIC's, son cada vez un elemento más imprescindible en esta sociedad. Ante ello, a pesar de todos los beneficios que nos aportan, no se puede olvidar la peligrosidad que también pueden conllevar para nuestra sociedad.

Uno de los peligros que se derivan de las tecnologías de la información y la comunicación es la exposición que sufren los menores ante ellas. Internet, las redes sociales (“Facebook”, “Instagram”, etc.), aplicaciones de mensajería (“WhatsApp”, “Telegram”, etc.), los “smartphones”, “tablets”, etc. son instrumentos que los menores manejan cada día y a una edad más temprana. Se trata de una realidad que es recogida estadísticamente: por ejemplo, en España, según un estudio realizado por *Save The Children* en 2010, “más del 80% de los adolescentes españoles entre 14 y 19 años accedieron a Internet en el 2007, mientras que cerca del 50% lo hacen todos o casi todos los días”². Respecto al empleo de las redes sociales, el informe “*Jóvenes y comunicación*”, realizado por el *Centro Reina Sofía*, en 2014, señala que, en 2011, los jóvenes comprendidos entre 15 y 24 años son quienes más las usan de forma intensiva, “pues el 78% de usuarios y usuarias lo hace con frecuencia diaria, mientras entre los 25 y los 29 años esa proporción se reduce al 60%”³. Y es que incluso, sin necesidad de recurrir a datos estadísticos, y simplemente con realizar un análisis personal del mundo que nos rodea, creo que se puede llegar a la conclusión de cómo el uso de las tecnologías de la información y la comunicación está cada vez más en alza, acentuándose

² SAVE THE CHILDREN: “*La tecnología en la preadolescencia y la adolescencia: usos, riesgos y propuestas de los y las protagonistas*”. Investigadores: CABELLO CÁDIZ, Patricio/ FERNÁNDEZ VILLANUEVA, Iciar (ORJUELA LÓPEZ coord.). 2010, pág. 9. Disponible en: http://www.de0a18.net/pdf/doc_tecno_estudio_riesgos.pdf. (Última visita el 02/05/2018).

³ MEGÍAS QUIRÓS, Ignacio/ RODRÍGUEZ SAN JULIÁN, Elena. “*Jóvenes y Comunicación. La Impronta de lo virtual*”. Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, Madrid, 2014, pág. 49. Disponible en http://adolescenciayjuventud.org/generico/descargar_doc.php?Id=73887&Id2=1. (Última visita el 02/05/2018).

especialmente en los menores. Por ejemplo, nos encontramos con que, en los colegios, se introduce el empleo de estas tecnologías a edades más tempranas. Además, incluso dentro de nuestras familias, si tenemos algún familiar menor de edad, es observable el dominio y la soltura que tienen en el empleo de estas tecnologías. En definitiva, a día de hoy, se hace raro no ver a un menor inmerso en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación.

Al peligro relativo a la exposición que sufren los menores ante las tecnologías de la información y la comunicación se le suma otro peligro, que bien señala PÉREZ FERRER, como es el ofrecimiento de la posibilidad de perpetrar actos delictivos a cualquier distancia, pudiendo utilizar identidades falsas, anónimas u técnicas de navegación anónima, dificultando la persecución e investigación de dichos actos⁴. Y es que, por ejemplo, la fácil obtención de dispositivos electrónicos susceptibles de poder conectarse a Internet, así como la cantidad de información que impera sobre estas tecnologías y su uso, permite a cualquier sujeto tener en su poder todos los ingredientes necesarios para llevar a cabo hechos delictivos en un lugar distinto y a cualquier distancia sobre la que se encuentre la víctima.

Entre las distintas acciones delictivas que se pueden cometer con el apoyo de las tecnologías de la información y la comunicación nos encontramos con aquéllas de índole sexual donde el sujeto pasivo es el menor. Es en este contexto donde nace la figura del “*child grooming*”.

Ya en 2002, un estudio realizado por el *Defensor del menor de la Comunidad de Madrid* a 4.000 menores de edades comprendidas entre los 10 y 17 años, donde se analizaba las conductas de riesgo de los adolescentes en los chats, determinaba que un 44% de los menores que navega con regularidad por Internet se sintió en algún momento acosado sexualmente, llegando a ser víctimas de dicha situación un 11% de aquéllos⁵. Por otro lado, un 14,5% de los jóvenes habían concertado una cita con un desconocido mediante el empleo de Internet, siendo un 8% aquéllos que habían llegado a realizarlo en más de una ocasión⁶. Con el paso del tiempo cada vez ha adquirido mayor relevancia,

⁴ PÉREZ FERRER, Fátima. “El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código Penal español (artículo 183 bis)”, en **Diario La Ley**, 2012, Nº 7915, pág. 2.

⁵ ACPI/ DEFENSOR DEL MENOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID/ PROTÉGELES, “*Seguridad Infantil y costumbre de los menores*”, Madrid, 2002, pág. 120. Disponible en: <http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM013252.pdf>. (Última visita el 02/05/2018).

⁶ ACPI/DEFENSOR DEL MENOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID/PROTÉGELES, *Ob.cit.*, pág. 116.

como bien señaló el *Defensor del pueblo* en 2009, uno de los posibles riesgos que los menores se encuentran y se enfrentan en el uso de las TIC's⁷. Asimismo, en 2013, el informe anual de la *Fundación ANAR* recogió una cierta preocupación en la medida que el 44,2% de las llamadas atendidas a través del teléfono del adulto y la familia fueron por supuestos de violencia, siendo un 2% de dichas llamadas relacionadas con el fenómeno del ciberacoso o “*grooming*”. Además, este mismo informe recoge un ranking donde se sitúa en el décimo lugar, entre los motivos de las llamadas de menores a este servicio, los casos de acoso a un menor a través de medios telemáticos o ciberacoso⁸. En definitiva, se observa que con el paso del tiempo y con el correlativo desarrollo de las tecnologías ha aumentado el riesgo hasta alcanzar relevancia a ojos del legislador.

En cuanto a la victimización en los casos de “*child grooming*”, un estudio realizado por VILLACAMPA ESTIARTE y GÓMEZ ADILLÓN en 2016, con una muestra de estudiantes de secundaria, con unas edades comprendidas entre los 14 y los 18 años, en una ciudad de Cataluña, señala que, en el caso de “*grooming*” entre iguales, el 12,3% de los jóvenes sufrió algún tipo de contacto sexual indeseado empleando alguna TIC. Se reduce al 11% el número de jóvenes que sufrieron algún tipo de demanda de información sexual sobre ellos en contra de su voluntad. Finalmente, el 6,7% de los jóvenes sufrieron una solicitud para realizar algún tipo de conducta sexual cuando éstos no querían. En el caso del “*grooming*” procedente de adultos, el porcentaje de victimización desciende a un 10,4%. Asimismo, en los casos en que el adulto intenta que el menor se comuniquen con él mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, sólo el 5,1% intentó que el menor le hablase de sexo, pasando a un 4,3% los supuestos donde el adulto demandó información sexual al menor cuando éste no quería responder. Por último, sólo en el 2,7% de los casos se solicitó al menor la realización de conductas sexuales no queridas. Ante ello, se establece que la tasa anual de victimización apenas supera el 10% de los casos⁹.

⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO. “*Programación y contenidos de la televisión e internet: opinión de los menores sobre la protección de sus derechos*”, Madrid, 2010, pág. 69.

⁸ FUNDACIÓN ANAR. “*Informe Anual 2013. Teléfono ANAR*”, Madrid, 2014, págs. 14-16. Disponible en: <http://www.anar.org/wp-content/uploads/2014/05/Informe-Tel%C3%A9fono-ANAR-2013-definitivo-27-5-2014.pdf>. (Última visita el 02/05/2018).

⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina/ GÓMEZ ADILLÓN, María Jesús. “*Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming*”, en **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 2016, núm. 18-02, pág. 9. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-02.pdf>. (Última visita el 02/05/2018).

Por lo tanto, y tomando como base los datos mencionados, se observa como el “*child grooming*” ha ido obteniendo una relevancia cada vez mayor en un contexto donde el menor se sitúa en una posición de peligro frente al mundo tecnológico de hoy en día. Con el paso del tiempo y el desarrollo cada vez más rápido de las tecnologías de la información y la comunicación los especialistas de la materia han ido advirtiéndolo del riesgo cada vez más grave que puede suponer el “*child grooming*” en nuestra sociedad.

Por contra, nos encontramos con que el índice de victimización es bajo. Esto podría poner en duda la tipificación de estos actos preparatorios, pudiendo ser una reacción legislativa precipitada, excesiva e innecesaria, penando una acción con un escaso contenido lesivo, motivado por la presión ejercida por los medios de comunicación¹⁰, la consiguiente presión social y, sobre todo, una respuesta a la persecución internacional que sufre el fenómeno.

Sin embargo, y como después se observará en el apartado relativo a los antecedentes históricos-legislativos del “*child grooming*” en España, el legislador únicamente ha actuado en cumplimiento de todos aquellos instrumentos supranacionales que nuestro Estado ha ido suscribiendo con el paso del tiempo. Aunque este argumento no debe ser suficiente para justificar la incriminación de conductas que pueden tener un escaso contenido lesivo a la hora de cumplir el contenido recogido en esos instrumentos suscritos conllevan la necesidad de realizar una correspondiente adaptación de la normativa interna, pero siempre se tiene que realizar con respeto a los principios informadores del Derecho Penal, sobre todo el respeto al principio de intervención mínima¹¹.

A mi juicio, creo que no se debe poner en duda la tipificación de esta conducta. A pesar de que los casos de victimización sean bajos o pueda haber una cierta presión mediática o social, existe una realidad de desarrollo tecnológico que conduce a la creación de un clima de riesgo sobre una posible lesión de un bien jurídico de un menor, ya que éste es un sujeto que requiere de una especial protección por los caracteres que le

¹⁰ Si se realiza una búsqueda por las hemerotecas de los distintos periódicos nacionales observaremos como proliferan noticias relacionadas con el “*child grooming*”. Por ejemplo, encontramos un detenido en Gandía por acosar a 300 niñas en Internet (Visto en: https://elpais.com/ccaa/2013/04/01/valencia/1364808608_611228.html); e incluso casos donde el acto delictivo adquiriría una entidad internacional, por ejemplo, la detención de un ciberpederasta que acosó a más de 500 víctimas en cinco países (Visto en <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/2013/12/01/053.html>).

¹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El Delito de Online Child Grooming o Propuesta Sexual Telemática a Menores. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 156.

presiden. Nos encontramos ante un escenario que ha sido observado internacionalmente, se ha analizado la peligrosidad que puede alcanzar, y a la que se ha dado respuesta mediante la creación de instrumentos supranacionales. No se puede dejar un vacío punitivo por el simple hecho de que esa conducta se dé poco en la práctica, ya que eso no significa que estemos ante conductas con una entidad lesiva leve a ojos del Derecho Penal. Se trata de una situación de riesgo la cual, de un momento a otro, puede ver aumentada la victimización, al observarse como la cantidad de menores en el empleo de las TIC's incrementa y a unas edades más tempranas.

Aun así, en mi opinión, esto no cambia que se tenga que tomar un camino de prevención y concienciación sobre los menores ante los peligros que entrañan el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación. Y es que no hay mejor cura que crear una base de conciencia que, generación a generación, se vaya transmitiendo y asentando, provocando que los menores cuenten con un conocimiento y una responsabilidad suficiente para que este tipo de fenomenología vaya desapareciendo y, quien sabe, plantearse una menor intervención penal en esta materia.

1.2 Concepto de “child grooming”

Una vez vista la fenomenología del “*child grooming*” en el territorio español, toca entrar en una cuestión básica y elemental. Dicha cuestión se trata sobre qué se debe entender por “*child grooming*”.

Esta denominación se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico español con el artículo 183 bis del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, indicando que se trataba de un fenómeno internacionalmente reconocido¹². Este fenómeno ha sido recientemente modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, situándose en el artículo 183 ter 1.

Sin embargo, hay que señalar la diversidad de conceptos que se han manejado para catalogar este fenómeno. Como señala VILLACAMPA ESTIARTE, durante la

¹² ESPAÑA. 2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de mayo de 2010, núm. 152, págs 54811-54883.

tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio que hemos mencionado se manejaron terminologías y expresiones de distinta índole: “*grooming*”, ciberacoso a menores o acoso cibernético a menores, acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC’s, contacto TIC’s preordenado a la actividad sexual con menores, seducción informática, o ciberseducción¹³.

Y es que establecer una definición de “*child grooming*” es una tarea cuanto menos compleja debido a la distinta problemática que puede plantear. Por ejemplo, el “*grooming*” constituye un proceso de carácter transitorio difícil de aprehender, siendo dificultoso poder fijar cuando comienza y cuando acaba¹⁴. Además, surge otro problema como el distinguir si nos encontramos ante conductas amigables o amables hacia los menores o comportamientos que esconden una motivación oscura y maliciosa, sobre todo al principio¹⁵. Esto último se debe a que el fenómeno que estamos tratando está compuesto por una serie de comportamientos o actuaciones que son legales y aceptadas socialmente por la sociedad, pero la finalidad maliciosa que las reviste hace que puedan llevar a la lesión de bienes jurídicos y, por lo tanto, ser necesaria su persecución.

Asimismo, otro aspecto a tener en cuenta es que, a pesar de que situemos mentalmente el “*child grooming*” en el contexto de las TIC’s, siendo conductas con un elemento online, se pueden observar también casos de “*grooming*” que concurren dentro de un contexto familiar del menor, y no por extraños con los que éste contacta a través de las tecnologías de la información y la comunicación¹⁶.

Un primer paso para comenzar en la determinación de qué entender por “*child grooming*” es atendiendo a su significado etimológico. “*Grooming*” es un término de cuña anglosajona que encuentra su nacimiento del verbo “*to groom*”. Éste tiene como definición “*preparar o entrenar a alguien para un trabajo importante o cargo*”¹⁷. Lo que interesa de esta definición es la idea de preparar a alguien para algo.

¹³ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Ob.cit.*, págs. 11-12.

¹⁴ Véase en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Ob.cit.*, pág. 16, allí en cita GUILLESPIE, Alisdair. A. “*Grooming: definitions and the Law*”, en **New Law Journal**, 2004, N° 154, pág. 586.

¹⁵ Véase en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Op. et loc.cit.*, allí en cita McALINDEN, Anne-Marie. *Grooming and the Sexual Abuse of Children. Institutional, Internet and Familial Dimensions*. Oxford, Oxford University Press, 2012, pág. 24.

¹⁶ Véase en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Op. et loc.cit.*, allí en cita NORRIE, Kenneth. “*Prevention as the cure*”, en **Journal of the Law Society of Scotland**, 2005, N° 50, pág. 21.

¹⁷ “*Prepare or train (someone) for a particular purpose or activity*”. Definición recogida en Oxford Living Dictionaries: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/groom>. (Última visita el 02/05/2018).

Dentro de esta acepción encontramos una definición más específica. Por “*to groom*” también se entiende cuando “*un pedófilo prepara a un niño para un encuentro, especialmente cuando se realiza por vía de Internet, con la intención de cometer un acto sexual ilegal*”¹⁸.

Algunos autores describen el “*grooming*” como “*seducción emocional*”¹⁹. El fenómeno se configura, por tanto, como una táctica empleada por sujetos que pueden tener la condición de abusadores para lograr seducir a los menores y conseguir que realicen conductas sexuales²⁰.

Otra parte de la doctrina relaciona el “*child grooming*” con la idea de la pedofilia. Autores como HOWITT u O’CONNELL hablan de este fenómeno como los pasos que realizan los pedófilos para atrapar a sus víctimas²¹ o como aquellos patrones de conducta realizados por un pedófilo que puede dar lugar a que una persona tenga motivos razonables para creer que el encuentro con el menor que resulte de esa conducta pueda ser con fines inmorales o lesivos²². DOLZ LAGO también coloca al “*child grooming*” como una nueva táctica de los pedófilos, definiéndolo como “*las acciones realizadas deliberadamente con el fin de establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor*”²³. Sin embargo, esta idea se ve descartada por gran parte de la doctrina ya que se tratan de técnicas o conductas que puede hacer cualquiera, no siendo necesario que el perfil del delincuente responda a los caracteres propios de un pedófilo.

La idea que suele tener más aceptación por la doctrina es aquella donde se relaciona el “*child grooming*” con la idea de un proceso que busca ganarse la confianza de la víctima. Se puede describir como el proceso a través del cual un posible abusador

¹⁸ “(of a paedophile) prepare (a child) for a meeting, especially via an Internet chat room, with the intention of committing a sexual offence”. Definición recogida en Oxford Living Dictionaries: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/groom>. (Última visita el 02/05/2018).

¹⁹ Mencionado en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Ob.cit.*, pág. 18, allí en cita SALTER, Anna. *Transforming Trauma: A Guide to Understanding and Treating Adult Survivors of Child Sexual Abuse*. Newbury Park, California, Sage, 1995, pág. 274.

²⁰ Mencionado en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Op. et loc.cit.*, allí en cita KIERKEGAARD, Silvia. “*Cybering, Online Grooming and Ageplay*”, en **Computer Law and Security Report**, 2008, N° 24, pág. 41.

²¹ Mencionado en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Op. et loc.cit.*, allí en cita HOWITT, Dennis. *Paedophiles and Sexual Offenders against Children*. Oxford, John Wiley and Sons, 1995, pág. 175.

²² O’CONNELL, Rachel. “*A typology of child cybersexploitation and online grooming practices*”. Cyberspace Research Unit – University of Central Lancashire. Lancashire, 2003. Disponible en <http://image.guardian.co.uk/sys-files/Society/documents/2003/07/17/Groomingreport.pdf>

²³ DOLZ LAGO, Manuel Jesús. “*Child grooming y sexting: anglaicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma del 2015*”, en **Diario La Ley**, 2016, N° 8758, pág. 14.

entabla una amistad con un menor para intentar ganarse la confianza de éste, lo que provocará que el menor consienta actividades abusivas²⁴. Es un proceso con una triple finalidad: acceder al niño, asegurarse la conformidad de éste, y ser capaz de mantenerla evitando con ello la relevación por parte de éste²⁵.

En resumen, se puede observar que las ideas sobre el concepto de “*child grooming*” se suceden, sin haber un acuerdo unitario sobre su definición. Sin embargo, todas las definiciones que ofrecen las distintas líneas doctrinales contienen una serie de elementos comunes que parece que todos los autores entienden que se han de dar para que se pueda hablar de “*child grooming*”. Los elementos son los siguientes²⁶:

- El “*child grooming*” se concibe, ante todo, como un proceso donde transcurren una serie de acciones o tácticas.
- Por otro lado, siempre se señalan una serie de elementos del mismo: hay un contacto que favorece un acercamiento. En ese acercamiento se desarrolla una relación de confianza íntima que, finalmente, lleva a un encuentro físico con el menor y el adulto.

Hay que señalar que una problemática que presenta el “*child grooming*” es su pluralidad de supuestos fenomenológicos. Atendiendo a la doctrina jurídico-penal nacional e internacional que ha recaído sobre el “*child grooming*” observamos cómo se suceden las ideas sobre qué entender por éste, sin estar uniformemente determinado. Esto se debe, como bien señala GÓRRIZ ROYO, a que, a pesar de que conceptualmente se pueden emplear una o varias nociones como definición, ninguna puede abarcar una fórmula cerrada que recoja todos los supuestos fenomenológicos del “*child grooming*” por la amplitud que conlleva²⁷. Por ello, a mi juicio, el camino ideal es establecer una definición amplia de “*child grooming*” que recoja los elementos que hemos mencionado anteriormente y que todas las distintas líneas doctrinales recogen en sus definiciones.

²⁴ Mencionado en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Op. et loc.cit.*, allí en cita GUILLESPIE, Alisdair A. “*Child Protection on the Internet-Challenges for Criminal Law*”, en **Child and Family Laq Quarterly**, 2002, nº 14, pág. 411.

²⁵ Mencionado en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Ob.cit.*, pág. 19, allí en cita CRAVEN, Samantha/ BROWN, Sarah/ GILCHRIST, Elizabeth. “*Sexual Grooming of Children: Review of the Literature and Theoretical Considerations*”, en **Journal of Sexual Agression**, 2006, Nº 12, pág. 297.

²⁶ GÓRRIZ ROYO, Elena María. “‘*Online child grooming*’ desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del art. 183 ter 1º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)”, en Menores y Redes Sociales, (Cuerda Arnau, María Luisa Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 208.

²⁷ GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Op. et loc.cit.*

Teniendo ya una definición genérica, se podrá partir de ésta y, añadiendo aquellos elementos que caractericen a la modalidad de “*child grooming*” a la que nos estemos refiriendo, poder contar con una definición específica de cada una de las modalidades en las que se puede manifestar el “*child grooming*”.

Por lo tanto, mi definición de “*child grooming*” sería “*aquel proceso donde se suceden una serie de prácticas o técnicas dirigidas a favorecer y conseguir un acercamiento para obtener con éste la confianza plena del menor y conseguir un encuentro físico con el menor a fin de realizar conductas lesivas de índole sexual*”.

1.3 El “*child grooming*” tipificado en el ordenamiento jurídico español

Si acudimos al artículo 183 ter 1 del Código Penal observamos que el legislador ha incorporado únicamente una de las modalidades de “*child grooming*”²⁸. En concreto, la modalidad que se ha optado en este precepto, introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal es el “*online child grooming*”.

La inclusión de “*online*” al término “*child grooming*” responde a los medios que se emplean para la comisión del delito. Estos medios son las tecnologías de la información y la comunicación, siendo el elemento característico que permite diferenciarlo de otras modalidades de “*child grooming*”.

Por ello, el “*online child grooming*” se definiría por “*el empleo de internet, del teléfono o de cualquier tecnología de la información y la comunicación para favorecer y conseguir un acercamiento para obtener con éste la confianza plena del menor y*

²⁸ Se puede partir de la tipología que McALINDEN establece, comprendiendo tres principales modalidades interrelacionadas. Éstas atienden a determinados criterios, permitiendo diferenciar de forma concreta las distintas clases de “*grooming*”. Dichos criterios son:

- Según el contexto donde puede ocurrir, se distingue entre “*intra-familiar*” y “*extra-familiar grooming*”. El “*intra-familiar*” se refiere a esos casos donde el abuso se da dentro de la familia, mientras que el “*extra-familiar*” se da fuera de dicho ámbito familiar.
- Según el sujeto que puede ser manipulado, cabe orientar el “*grooming*” hacia niños, familias, comunidades o instituciones.
- Según la manera de cometer el “*grooming*” o el medio empleado para el acercamiento, cabe diferenciar entre el “*grooming*” en contextos cara a cara (“*face to face contexts*”), “*online grooming*”, “*street grooming*” (o “*grooming*” local) y “*grooming*” entre compañeros u horizontal (“*peer to peer grooming*”).

Clasificación recogida por GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Ob.cit.*, pág. 209, allí en cita McALINDEN, Anne-Marie. “Grooming and the Sexual Abuse of Children: Implications for Sex Offender Assessment, Treatment and Management”, *Sexual Offender Treatment*, Volume 8, Issue I, 2013, pág. 3.

conseguir un encuentro físico con el menor a fin de realizar conductas lesivas de índole sexual”.

Al tratarse de un proceso de carácter gradual, las distintas fases han de darse en el orden descrito, siendo así la única manera de entender que el fenómeno del “*online child grooming*” se ha perfeccionado o realizado por completo²⁹.

Por ello y, en mi opinión, la nomenclatura que se debe emplear para referirnos a la fenomenología que se regula en nuestro ordenamiento jurídico español sería la de “*online child grooming*”. Así ya se partiría de una base de conocimientos para poder afrontar el correcto estudio del precepto.

1.4 Fases del “online child grooming”

Una vez que ya tenemos una definición de qué entender por “*child grooming*”, así como del “*online child grooming*”, modalidad tipificada en el art. 183 ter 1 del Código Penal Español, resulta procedente ver, grosso modo, las fases que componen este proceso. Ya en 2003, O’CONNELL manifestó que este fenómeno constaba de cinco fases³⁰:

1. La fase de establecimiento de amistad, donde el ofensor conoce al menor. Aquí, normalmente, el ofensor solicitará al menor que le otorgue alguna fotografía suya para:
 - Confirmar que ha iniciado la relación con un menor.
 - Asegurarse de que el menor seleccionado se adecúa a su elección.
2. La fase de confirmación de la relación, siendo una extensión de la anterior fase en la cual el ofensor puede iniciar conversaciones sobre temas relacionados con la vida del menor, como el colegio, deportes, etc. De esta manera simula ser un amigo del menor, obteniendo así su confianza.
3. La fase de valoración del riesgo. Aquí el ofensor comienza a hacer preguntas para saber cuál es la posibilidad de que su conducta se detecte por parte de los padres u otras personas.

²⁹ GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Ob.cit*, pág. 211.

³⁰ O’CONNELL, Rachel. *Ob.cit*, págs. 6-13.

4. La fase de exclusividad. En este momento las conversaciones entre el ofensor y el menor toman un carácter más personal o privado, siendo incitado el menor a revelar problemas personales. Aquí se busca fortalecer ese lazo de confianza entre ambos.
5. La fase sexual. El ofensor ya conduce la conversación hacia un contexto donde la confianza está totalmente arraigada con el menor. Éste concibe al ofensor como un mentor o como un futuro amante. Aquí los comportamientos pueden ser variados, por ejemplo, se puede proceder al intercambio de material pornográfico del menor, el empleo de la coacción, etc. En definitiva, el proceso finaliza con el “*damage limitation*”, es decir, con el victimario enfatizando la necesidad de mantener en secreto la relación y generalmente con una afirmación de su amor por el menor en punto a reducir el riesgo de revelación por parte de éste tras el empleo de la coacción.

En resumen, el “*online child grooming*” se desarrolla por una serie de fases que provocan una duración indeterminada del proceso.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS-LEGISLATIVOS DEL “CHILD GROOMING” EN ESPAÑA

Ante el pánico moral surgido por el incremento de las tecnologías de la información y la comunicación respecto a la comisión de conductas sexuales ilícitas y lesivas comenzaron a surgir convenios que contenían regulaciones diversas sobre la materia. Unos convenios que han sido ratificados por España, por lo que se ha ido desarrollando en nuestro ordenamiento una regulación sobre el “*online child grooming*” siguiendo el marco normativo internacional sobre la materia.

En primer lugar nos encontramos con el Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, celebrado en Budapest el 23 de noviembre de 2001 y ratificado por España mediante Instrumento el 20 de mayo de 2010³¹. Este convenio, en su artículo 9, ofrece una definición de qué entender por pornografía infantil³², así como una serie de

³¹ ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de septiembre de 2010, núm. 226, págs. 78847-78896.

³² El art. 9.2 de este Convenio señala que “a los efectos del párrafo 1 anterior, se entenderá por ‘pornografía infantil’ todo material pornográfico que contenga la representación visual de:

medidas que los Estados parte deben tomar ante la lucha contra los delitos relativos a la pornografía infantil³³.

Sin embargo, podemos encontrar otros convenios suscritos con anterioridad por España como, por ejemplo, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, ratificado por España por Instrumento de 5 de diciembre de 2001³⁴ o la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil³⁵.

Esta Decisión Marco 2004/68/JAI es calificada por VILLACAMPA ESTIARTE como el primer instrumento de la Unión que estableció unas pautas comunes para la incriminación de conductas relacionadas con la explotación sexual de los menores y la pornografía³⁶. Dicha Decisión se fundamentaba, según los considerandos 5-6, en la necesidad de completar el trabajo realizado por las organizaciones internacionales en relación a la lucha contra la pornografía infantil, forma especialmente grave de explotación sexual de los niños y que se está desarrollando y extendiendo por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Por ello, el considerando 7 señalaba que se hacía necesario *“que infracciones penales como la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil se aborden con un planteamiento global, caracterizado por unos elementos de Derecho penal comunes a todos los Estados miembros, entre los que se*

-
- a. *Un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;*
 - b. *Una persona que parezca un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;*
 - c. *Imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.”*

³³ El art. 9.1 de este Convenio señala que *“Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos:*

- a. *la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático;*
- b. *la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático;*
- c. *la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático;*
- d. *la adquisición, para uno mismo o para otros, de pornografía infantil a través de un sistema informático;*
- e. *la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento de datos informáticos.”*

³⁴ ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de enero de 2002, núm. 27, pág. 3917-3921.

³⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 13, de 20 de enero de 2004, págs 44-48. Actualmente se trata de una disposición derogada.

³⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Ob.cit., pág. 106.

cuenten sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, junto con una cooperación judicial lo más amplia posible”.

Para ello, la Decisión Marco 2004/68/JAI contaba como contenido qué conductas debían ser consideradas infracciones relacionadas con la explotación sexual de los niños³⁷, infracciones relacionadas con la pornografía infantil³⁸; sanciones y circunstancias agravantes³⁹, etc.

La necesidad de transposición de esta Decisión Marco fundamentó la reforma que se produjo con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, vigente a partir del 23 de diciembre de 2010, y con la que se incorporó la tipificación del “*child grooming*” en el artículo 183 bis del Código Penal⁴⁰.

El legislador, en el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio justificó la reforma sobre dicha materia por la necesidad de transponer la Decisión Marco 2004/68/JAI.

Otros argumentos empleados en la Exposición de Motivos, para la justificación de la necesidad de tipificación del “*child grooming*”, fueron que “*resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas*

³⁷ El art. 2 de esta Decisión Marco señalaba que “*cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas internacionales siguientes:*

- a. *captar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos;*
- b. *practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a alguno de los medios siguientes:*
 - i. *hacer uso de la coacción, la fuerza o la amenaza,*
 - ii. *ofrecer al niño dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales,*
 - iii. *abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño.”.*

³⁸ Se recogen en el art. 3 de la Decisión Marco. Algunas de ellas son “*la producción de pornografía infantil; distribución, difusión o transmisión de pornografía infantil; ofrecimiento o suministro de pornografía infantil; adquisición o posesión de pornografía infantil, etc.”.*

³⁹ Se regula en el art. 5 de la Decisión Marco. Por ejemplo, señala que “*sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las infracciones siguientes se castiguen con sanciones penales privativas de libertad de una duración máxima de al menos entre cinco y diez años: a) la infracción contemplada en la letra a) del artículo 2 consistente en coaccionar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos y las infracciones mencionadas en el inciso i) de la letra c) del artículo 2; etc.”.*

⁴⁰ La redacción era la siguiente: “*El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”.*

conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor”. Además, la “extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual”.

Con posterioridad surgiría la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. Dicha Directiva obligaba a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materias relativas a los abusos sexuales, explotación sexual de menores y la pornografía infantil, al constituir, según del considerando 1, *“graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.*

La Directiva, en sus artículos 3-7, contiene distintas acciones con contenidos sexuales en los que el menor pudiera participar de manera obligada, ordenándose a los Estados miembros su punibilidad, orientando el contenido mínimo de alguna de las penas a imponer por su comisión. En nuestro caso cabe destacar el artículo 6.1 el cual está relacionado con el fenómeno del *“online child grooming”*⁴¹.

El 11 de octubre de 2012, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, convirtiéndose en Proyecto un año después. Su tramitación parlamentaria se demoró más de un año hasta que, a principios de 2015, se pasase el Proyecto en el Congreso y Senado, dando lugar a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del

⁴¹ En dicho precepto se establece en su apartado primero que *“los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año”.*

Código Penal⁴². Una de las motivaciones de dicha reforma ha sido la necesidad de adaptar la legislación española a lo establecido por la Directiva mencionada anteriormente. Esta reforma incide tanto en la ampliación de las conductas delictivas como en el endurecimiento de las sanciones.

Respecto a las reformas, destaca la elevación del consentimiento sexual a los dieciséis años. La justificación se recoge en el apartado XII de la Exposición de Motivos. Se señala que *“la Directiva define la ‘edad de consentimiento sexual’ como la ‘edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor’. En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil”*.

Otra de las reformas producidas es la introducción de un nuevo artículo, el 183 ter del Código Penal⁴³, en sustitución del antiguo artículo 183 bis. Este cambio se justifica, según el apartado XII de la Exposición de Motivos, en la necesidad de proteger a los menores frente a las conductas lesivas contra su indemnidad sexual producidos mediante el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación debido a la facilidad de acceso y anonimato que proporcionan. Asimismo, viene a dar respuesta a la exigencia del artículo 6 de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la obligación de los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas de embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos⁴⁴.

⁴² VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Ob.cit.*, pág. 172.

⁴³ La redacción del artículo 183 ter 1 del Código Penal, donde se tipifica el “*child grooming*” es la siguiente: *“1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño”*.

⁴⁴ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”*, en Sistema de Derecho Penal. Parte Especial (2ª ed.), (Morillas Cueva dir.), Madrid, Dykinson, 2016, pág. 261.

III. ANÁLISIS DEL DELITO DEL ARTÍCULO 183 TER 1 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

1. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Ya en el propio apartado XIII del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con la que se introdujo el delito de “*child grooming*” (art. 183 bis), se hacía alusión a la gran importancia de la protección del bien jurídico en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores. Se señalaba que “*mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestados, sino también la formación y el desarrollo de la personalidad y sexualidad de menor*”. Por ello, “*la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual*”.

El menor es un sujeto que, por su especial naturaleza y caracteres, requiere una protección más profunda. Acertadamente el legislador, en mi opinión, no se olvidó de ello. Esto se debe a que no se limita a pensar en la escena del menor que sufre abusos o agresiones sexuales en ausencia de consentimiento, sino que señala un punto importante, como es la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Punto importante porque el sujeto menor se encuentra en una etapa de aprendizaje donde se irán perfilando los pilares sobre los que se desarrollará su personalidad. Ese punto se ha visto puesto en peligro recientemente, como bien se señala en el Preámbulo, con las tecnologías de la información y la comunicación (o TIC’s), ya que es raro, hoy en día, el menor que no tiene acceso a ellas, sobre todo a efectos de su uso destinado a redes sociales y comunicación.

Ante esto último, una parte de la doctrina ha considerado la posibilidad de que nos encontremos ante un delito pluriofensivo, distinguiendo la indemnidad sexual de la formación y desarrollo de la personalidad. Por un lado, nos encontramos con MONGE

FERNÁNDEZ, quien defiende esta idea, al considerar que se protege la indemnidad sexual, la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor⁴⁵. PÉREZ FERRER opta también por la doble protección de la indemnidad y formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, ya que lo se busca es evitar el sometimiento del menor a prácticas perturbadoras que impidan una correcta educación sexual y anulen o limiten el ejercicio de la libertad sexual cuando alcance la edad en la que puede otorgar el consentimiento⁴⁶.

Por otro lado, autores como DOLZ LAGO, hablan de la Infancia. Se trata de un delito pluriofensivo, dividido en dos dimensiones: una dimensión individual en referencia al menor directamente afectado por la conducta prohibida, y una dimensión colectiva como es la Infancia. Todo ello debido a que la indemnidad sexual se ha de configurar con el objeto de proteger la infancia en general. Consistiría en tutelar el proceso de formación del menor en materia sexual dentro del libre desarrollo de su personalidad, evitando que se le someta a conductas o situaciones que impidan una idónea educación y anulen o limiten su ejercicio de la libertad sexual entendida como capacidad de poder decidir de forma libre en temas relativos al sexo⁴⁷.

Sin embargo, otros autores entienden que la idea de indemnidad sexual del menor incluye todo lo anterior, no siendo necesario hablar de una pluralidad de bienes jurídicos protegidos. El correcto proceso de formación del menor en su ámbito sexual es lo que garantiza la indemnidad sexual del menor. Por lo tanto, se entiende que no hay pluriofensividad, sino que hay una concreción de lo que se entiende por indemnidad en el ámbito sexual y, en concreto, en el de los menores⁴⁸.

Creo que es correcto señalar que aquí no nos encontramos únicamente con la protección de la indemnidad sexual entendida como el derecho a no verse sometido en un contexto sexual donde no se ha prestado un consentimiento válido, sino que también se están protegiendo otros elementos característicos de éste, como es la Infancia o la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, pero no son unos elementos que supongan un bien jurídico diferenciado y distinto a la indemnidad sexual.

⁴⁵ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. “De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010”, en **Revista de Derecho y Ciencias Penales**, 2010, nº 15, págs. 87-89.

⁴⁶ PÉREZ FERRER, *Ob.cit.*, pág.1 y ss.

⁴⁷ DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Ob.cit.*, págs. 17-18.

⁴⁸ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. “El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual”, en **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, 2017, Nº 19, págs. 5-9.

Dichos elementos, como se señala en el párrafo anterior, suponen una concreción de qué entender por indemnidad sexual de los menores, estando interconectados. No es necesario crear bienes jurídicos independientes a la indemnidad sexual para que queden protegidos otros aspectos que afectan a los menores, sino que basta con que dicho contenido se introduzca a un bien jurídico específico para los menores, en concreto, “*la indemnidad sexual del menor*”. Con el simple hecho de acompañar la expresión del menor a indemnidad sexual se está advirtiendo de que se está realizando una protección especial, que va más allá de la interpretación mencionada al inicio del párrafo.

A la vista del preámbulo se podría decir que el bien jurídico que se tutela en el artículo 183 ter 1 es la indemnidad sexual del menor, pero algún sector habla de libertad sexual. DÍEZ RIPOLLÉS señala innecesaria la inclusión de la indemnidad sexual como objeto de tutela penal ya que el concepto de libertad sexual tiene una amplitud que comprende a los menores⁴⁹. Sin embargo, considero que hay que rechazar esa interpretación respecto a la libertad sexual y optar por hablar de indemnidad sexual. En primer lugar, porque se considera insuficiente el concepto de libertad sexual respecto a sujetos sin capacidad, por su edad, de autodeterminarse de modo libre y consciente, idea arraigada desde que se produjo el cambio de rúbrica del Título por la Ley Orgánica 11/1995, de 23 de noviembre, explicado en el párrafo cuarto de su Exposición de Motivos, alegándose la carencia en menores e incapaces de la necesaria formación para poder considerar su voluntad verdaderamente como libre.⁵⁰ La libertad sexual debe aplicarse a quienes ya tienen capacidad de decidir y determinar su comportamiento en materia sexual⁵¹. Ante ello, no se puede decir que se protege la libertad sexual como derecho de prestar el consentimiento a una relación sexual, sino la indemnidad sexual de los menores, ya que éstos no pueden prestar válidamente su consentimiento hasta pasados los dieciséis años⁵². Más que la protección de la libertad del menor, sería la protección de su libertad futura, es decir, el correcto desarrollo de su personalidad para, en un futuro, decidir en libertad su comportamiento sexual⁵³. Además, la jurisprudencia también opta por mantener como bien jurídico concreto la indemnidad sexual. Un ejemplo lo encontramos

⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. “*El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*”, en **Estudios de Derecho Judicial**, 1999, nº 21, pág. 216-217.

⁵⁰ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, *Ob.cit*, págs. 5-9.

⁵¹ RAMON RIBAS, Eduardo. *Minoría de Edad, Sexo y Derecho Penal*. Cizur Menor. Aranzadi. 2013, págs. 16-18.

⁵² DOLZ LAGO, Manuel Jesús, *Op. et loc.cit*.

⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial* (21ª edición). Valencia. Tirant lo Blanch. 2017. Págs. 191-193.

en la STS 97/2015, 24 de febrero, al afirmar que *“el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los menores de 13 años más allá de la libertad sexual que no puede predicarse en ese límite de edad. La limitación de la edad de la víctima de estos delitos a los 13 años se justifica por tratarse de la anticipación del castigo de una conducta que busca la verificación de una relación sexual con el menor de 13 años que sería en todo caso delictiva, exista o no violencia o intimidación, dado que, aun en su ausencia, dada la irrelevancia del consentimiento del niño, los hechos supondrían un abuso sexual”*⁵⁴.

2. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

2.1 Estructura y naturaleza del tipo delictivo

La mayoría de la doctrina⁵⁵, por no decir la unanimidad, viene considerando que el delito de *“online child grooming”* se trata de un delito de peligro, tanto actualmente con su tipificación en el artículo 183 ter 1 del Código Penal, como con su tipificación anterior en el artículo 183 bis. Sin embargo, otro sector de la doctrina, como DE LA MATA, se posiciona con la idea de encontrarse ante un delito de lesión. Dicho autor señala que la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación tiene suficiente entidad para alterar el correcto desarrollo de la sexualidad del menor así como la percepción de ésta. Por ello, en el caso de los menores de edad, cuando el proceso que les permite poder llegar a ejercer esa libertad de madurez se ve viciado y quebrado, da lugar a una lesión más que un peligro⁵⁶.

El planteamiento de considerar que el tipo recogido en el artículo 183 ter 1 del Código Penal se configura como un delito de lesión es, a mi juicio, erróneo. En el precepto mencionado se recoge una punición de actos preparatorios para la comisión de delitos de abusos sexuales a menores de dieciséis años⁵⁷, en concreto, de la comisión de los tipos establecidos en los artículos 183 y 189 del Código Penal. Dichos actos preparatorios ponen en peligro el bien jurídico protegido, no lesionándolo, y es que como señala PÉREZ

⁵⁴ STS 97/2015, de 24 de febrero. Fundamento jurídico 1.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Ob.cit.*, pág. 16; DE LEMUS VARA, Francisco Javier. *“El delito de child grooming tras la modificación operada en el artículo 183 ter del Código Penal, por la Ley Orgánica 1/2015”*, en **Diario La Ley**, 2015, N° 8604, pág. 6; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Ob.cit.*, pág. 158; GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Ob.cit.*, pág. 233; PÉREZ FERRER, Fátima. *Ob.cit.*, pág. 5.

⁵⁶ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *Ob.cit.*, pág. 17.

⁵⁷ PÉREZ FERRER, Fátima. *Ob.cit.*, pág. 4.

FERRER, *“se trata de una tutela de corte preventivo, puesto que el legislador adelanta la reacción penal a cuando se origine una situación de riesgo para la indemnidad sexual del menor, sin necesidad de esperar a la efectiva materialización del daño”*⁵⁸.

Estas ideas vienen reflejadas en la STS 97/2015, de 24 de febrero, al establecer que *“se trata de un supuesto en el que el derecho penal adelanta las barreras de protección, castigando la que, en realidad, es un acto preparatorio para la comisión de abusos sexuales a menores de 13 años.*

Como destaca la doctrina, el acto preparatorio pertenece a la fase interna y no externa o ejecutiva del delito, existiendo unanimidad en reconocer la irrelevancia penal a todo proyecto que no supere los límites de una fase interna. Ahora bien, en este caso, el legislador expresamente ha considerado que las conductas de ciberacoso sexual son un acto ejecutivo de un nuevo delito que trasciende al mero acto preparatorio, aunque participan de su naturaleza, por cuanto solo con el fin de cometer los delitos de abusos sexuales a menores de 13 años puede entenderse típica la conducta.

*La naturaleza de este delito es de peligro por cuanto se configura no atendiendo a la lesión efectiva del bien jurídico protegido, sino a un comportamiento peligroso para dicho bien”*⁵⁹.

Esta posición mantenida por el Tribunal Supremo también fue recogida con posterioridad en la STS 864/2015, de 10 de diciembre. En ésta se afirma nuevamente que *“el delito del art. 183 bis (actual 183 ter) es un delito de riesgo”*, utilizando como justificación la misma argumentación literal señalada en la STS del párrafo anterior⁶⁰.

En definitiva, resulta incuestionable la calificación del artículo 183 ter 1 del Código Penal como un delito de peligro, pero surge una nueva discusión: ¿se trata de un delito de peligro abstracto o un delito de peligro concreto?

Por un lado, la doctrina jurisprudencial opta por la opción de establecer que nos encontramos ante un delito de peligro concreto. La STS 97/2015, de 24 de febrero señala, en su Fundamento Jurídico 1, que *“si estamos ante un delito de peligro abstracto puede ser discutible. En cuanto al tipo exige la existencia de un menor y la de actos materiales encaminados al acercamiento, la tesis del peligro concreto parece la acertada. Siempre*

⁵⁸ PÉREZ FERRER, Fátima. *Ob.cit*, pág. 5.

⁵⁹ STS 97/2015, de 24 de febrero. Fundamento jurídico 1.

⁶⁰ STS 864/2015, de 10 de diciembre. Fundamento jurídico 1.

que ello se lleve a cabo el delito quedaría consumado, habiendo, por el contrario, dificultades para su ejecución por tentativa, por la naturaleza del tipo de consumición anticipada”.

Ante la idea introducida por el Tribunal Supremo en la sentencia anterior, DOLZ LAGO señala que cabría la tesis del peligro concreto si se circunscribe el bien jurídico protegido al ámbito individual del menor, pero si se amplía el bien jurídico protegido a la Infancia se estaría en presencia de un delito de peligro abstracto⁶¹.

Por otro lado, autores como GÓRRIZ ROYO, optan por calificar el tipo como un delito de peligro abstracto. Argumenta que el grado de peligro previsto en la conducta tipificada del artículo 183 ter 1 del Código Penal ha de valorarse atendiendo a que dicha conducta supone un adelantamiento muy pronunciado de la intervención penal a estados muy iniciales con respecto al de la lesión. Además, considera que se trata de un delito de mera actividad, por lo que la realización de la acción típica sería suficiente para entender consumado el delito⁶².

En mi opinión, se tiene que rechazar la idea de que nos encontramos ante un delito de peligro concreto. En este tipo de delitos la ley suele requerir expresamente la creación de una efectiva situación de peligro⁶³. Además, el legislador penal, cuando quiere recoger un delito de peligro concreto, emplea fórmulas típicas más taxativas⁶⁴, no siendo así en el caso que nos precede. Asimismo, la acción típica del artículo 183 ter 1 no tiene como resultado una proximidad cercana a una concreta lesión de un bien jurídico, sino que se recoge un acto preparatorio que, como se dice en el párrafo anterior, supone un adelantamiento muy pronunciado de la intervención penal.

Ante ello, la opción más acertada es la de hablar de un delito de peligro abstracto⁶⁵. Aquí el legislador ha tipificado una conducta que, a raíz de la evolución social y

⁶¹ DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Op. et loc.cit.*

⁶² GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Op. et loc.cit.*

⁶³ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General (9ª ed.). Barcelona, Reppertor, 2011, pág. 239.

⁶⁴ Un ejemplo puede ser el artículo 380 del Código Penal (“*El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas*”). Es condición necesaria que la acción típica tenga como resultado una situación que ponga en peligro los bienes jurídicos establecidos en el precepto.

⁶⁵ Véase MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General (9ª ed.). Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 299. Los define como “*delitos de peligro en los que el legislador describe una conducta que, según la experiencia, suele ser peligrosa para un bien jurídico, aunque en el caso concreto no lo sea*”.

tecnológica, ha considerado peligrosa para el bien jurídico tutelado en el precepto que nos ocupa, concretamente, la indemnidad sexual del menor.

Sin embargo, a la hora de clasificar el artículo 183 ter 1 del Código Penal, se erra en señalar que nos encontramos ante un delito de mera actividad⁶⁶. En realidad, y a mi juicio, lo que se recoge en este precepto es un delito de resultado cortado⁶⁷. En éste se tipifica una serie de actos preparatorios destinados a obtener un contacto real con el menor, aunque sin que sea necesario conseguirlo para entender que el tipo ha quedado consumado.

2.2 Sujetos del delito

Comenzando por el sujeto activo del artículo 183 ter 1 del Código Penal, hay que señalar que se encuentra condicionado por la figura, de origen estadounidense, del “*sexual predator*” o “*el depredador sexual adulto desconocido por el menor que, agazapado tras el teclado de su ordenador, intenta acceder sexualmente al niño*”⁶⁸. Sin embargo, y a la lectura del precepto, hay que decir que se trata de un delito común donde el sujeto activo puede ser cualquiera⁶⁹.

Esta idea se fundamenta en la medida de que no procede cerrar el círculo de posibles autores del delito de “*online child grooming*” a la fenomenología del “*sexual predator*”, ya que, en la redacción del precepto, no se interpone ningún tipo de límite formal (se emplea una expresión genérica: el que) que restrinja quien puede ser sujeto activo⁷⁰. Además, en el caso de que se optara por fijar un círculo cerrado de autores, se

⁶⁶ GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Op. et loc.cit.*

⁶⁷ De acuerdo con una definición proporcionada por el recurso Aranzadi *Instituciones*, se consideran de resultado cortado “*aquellas infracciones penales cuya tipificación descansa, única y exclusivamente, en una actividad unida a un peligro abstracto, de modo que su consumación tiene lugar anticipadamente, al ejecutarse la acción típica descrita en el precepto penal, sin necesidad de que se produzca la terminación o agotamiento del resultado. En esta clase de delitos no son posibles las formas imperfectas de ejecución, toda vez que el legislador ha optado por anticipar la barrera de protección o la frontera de la represión penal. Se trata, por tanto, de delitos en los que el final del ‘iter criminis’ se produce con el propio peligro eventual que nace, sin más, de la existencia de las conductas típicas*”.

⁶⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina/ GÓMEZ ADILLÓN, María Jesús. “*Nuevas tecnologías y victimización sexual...*”, *cit.*, pág. 2.

⁶⁹ Así lo entienden diversos autores como GÓRRIZ ROYO, Elena. “*‘On-line child grooming’ en Derecho penal español*”, en **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, 2016, N° 3, pág. 19; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho Penal Español. Parte especial*. (7ª ed.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 239; PÉREZ FERRER, Fátima. *Ob.cit.*, pág. 4; o SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. *Ob.cit.*, pág. 262.

⁷⁰ GÓRRIZ ROYO, Elena. *Ob.cit.*, pág. 20.

dejaría a los menores expuestos y vulnerables ante las conductas realizadas por sujetos que no cuadrasen dentro de los caracteres que presiden la figura del “*sexual predator*” o depredador sexual adulto desconocido.

Una de las consecuencias de configurar este delito como un delito común es que el tipo no podría ser cometido únicamente por un adulto, sino que también podría ser realizado por un menor con una edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años⁷¹. Aquí, nuestro legislador, se excedió en la tipificación del tipo que nos ocupa, en relación con lo establecido en el artículo 23 del Convenio de Lanzarote de 2007 y el artículo 6 de la Directiva 2011/93/UE, ya que éstos establecían como sujeto activo a “*un adulto*”⁷². Esta decisión que tomó el legislador, a mi parecer, fue idónea porque, como hemos ido diciendo, los menores son el grupo social más sumergido en el mundo de las tecnologías de la información y la comunicación. Por ello, aumenta la probabilidad de que un menor pueda adquirir la condición de sujeto activo y no de víctima⁷³.

En los casos donde la conducta típica sea realizada por un sujeto con edad comprendida en la franja mencionada anteriormente, le será de aplicación, como señalan TAMARIT SUMALLA o PÉREZ FERRER⁷⁴, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁷⁵.

Respecto al sujeto pasivo, éste será todo menor de dieciséis años, como se desprende literalmente del artículo. Una edad que se ha visto incrementada respecto a los trece años que se establecían en el antiguo artículo 183 bis del Código Penal, y acomodándola a la edad de consentimiento sexual, que también se ha elevado⁷⁶. Por ello,

⁷¹ Así lo ven TAMARIT SUMALLA, Josep María. *Ob.cit.*; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El Delito de Online Child Grooming..., *cit.*, pág. 177; o PÉREZ FERRER, Fátima. *Op. et loc.cit.*

⁷² VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Op. et loc.cit.*

⁷³ Es el caso que se recoge en la Sentencia del Juzgado de Menores de Orense, de 13 de mayo de 2013, donde nos encontramos como sujeto activo a un menor de edad.

⁷⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep María. *Op. et loc.cit.*; PÉREZ FERRER, Fátima. *Op. et loc.cit.*

⁷⁵ El propio artículo 19 del Código penal señala que “*los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor*”, por lo que resulta procedente la idea que recogen los autores mencionados. Como observamos, el propio Código Penal ya remite a la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. Por lo tanto, cuando algún menor de entre catorce y dieciocho años cometa la conducta descrita en el artículo 183 ter 1 procederá la aplicación de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, con las correspondientes medidas que establezca ésta. Esto último ya se ha dado en la práctica en la Sentencia del Juzgado de Menores de Orense, de 13 de mayo de 2013, donde se condena a un menor de diecisiete años por la comisión de un delito del artículo 183 bis.

⁷⁶ GUARDIOLA SALMERÓN, Miriam. “*Menores y redes sociales: Nuevos desafíos jurídicos*”, en **Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)**, 2016, Nº 18, pág. 62.

si las conductas tipificadas tienen como sujeto pasivo un mayor de dieciséis años, resultará atípica, salvo que vaya acompañada de otros actos constitutivos de delito⁷⁷.

2.3 La conducta típica

A la hora de analizar la conducta típica, que se recoge en el artículo 183 ter 1 del Código Penal, se debe señalar que es prácticamente la misma que se contemplaba en el precedente artículo 182 bis, por lo que se puede trasponer lo dicho en su día sobre éste al nuevo artículo introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

En primer lugar, la doctrina entiende que, en el precepto objeto de análisis, se configura un tipo mixto acumulativo que exige una pluralidad de actos. Los elementos objetivos que presenta el tipo son⁷⁸:

- Contactar con un menor de dieciséis años a través de las tecnologías de la información y la comunicación. En el artículo 182 bis se señalaba la edad de trece años pero, debido al aumento de la edad de consentimiento sexual introducido por la reforma del Código Penal de 2015, ahora es de dieciséis años.
- Proposición de un encuentro con un menor de dieciséis años.
- Relacionado con lo anterior, la proposición se tiene que realizar con el acompañamiento de actos materiales encaminados al acercamiento.

⁷⁷ TAMARIT SUMALLA, Josep María. *Op. et loc.cit.*

⁷⁸ Así se señala en la STS 97/2015, de 24 de febrero, en su Fundamento Jurídico 1: “En cuanto a los elementos objetivos la ley configura un tipo mixto acumulado que exige una pluralidad de actos. Por una parte se requiere un contacto con un menor de 13 años, por otra proponer un encuentro, y por último, la realización de actos materiales encaminados al acercamiento”. Una posición que es compartida por la doctrina, véase, por ejemplo: DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *Ob.cit.*, pág. 9; DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Ob.cit.*, pág. 18; GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Ob.cit.*, págs. 238-239; o PÉREZ FERRER, Fátima. *Ob.cit.*, pág. 5.

Estas conductas tienen que estar destinadas a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189⁷⁹, siendo éste el elemento subjetivo⁸⁰ que preside el tipo.

Una vez identificados los elementos objetivos y subjetivos que se establecen en el artículo, el siguiente paso es ir analizándolos uno por uno.

2.3.1 Contactar con un menor de dieciséis años a través de las tecnologías de la información y la comunicación

Como bien observa DE LA MATA BARRANCO, si acudimos al Convenio de Lanzarote, ratificado por España, o a la Directiva 2011/93/UE, vemos como no se exige este contacto que establece el artículo 183 ter⁸¹. Por lo tanto, parece que el legislador ha introducido aquí una conducta adicional a lo exigido supranacionalmente. Sin embargo, si analizamos un poco, para que se realice una proposición es necesario que haya algún tipo de contacto con el menor, ya sea de carácter previo o simultáneo. Ante ello, pienso que lo que el legislador ha hecho ha sido una concreción más detallista del fenómeno que dichos instrumentos supranacionales quieren tipificar, no excediendo realmente de lo establecido en ellos, en cuanto ese contactar se puede entender incluido en la proposición que dichos preceptos solicitan tipificar.

Una peculiaridad que presenta el contacto es que debe ser a través de las tecnologías de la información y la comunicación, también denominadas TIC's. El precepto señala algunas, como pueden ser Internet o un teléfono, concluyendo con una cláusula abierta⁸². Con ésta se da cabida a todos aquellos instrumentos, presentes o

⁷⁹ Como resume SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. *Ob.cit.*, pág 262, el artículo 183 tipifica conductas relativas a agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años. Por otro lado, el artículo 189 recoge un conjunto de infracciones relacionadas con la utilización de menores de edad o personas con discapacidad en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, así como un conjunto amplio de conductas prohibidas relacionadas con la pornografía infantil, o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

⁸⁰ STS 97/2015, de 24 de febrero. Fundamento jurídico 1.

⁸¹ El artículo 23 del Convenio de Lanzarote únicamente dice que “*cada parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada..., cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro*”; mientras que el artículo 6.1 de la Directiva 2011/93/UE establece que “*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes: La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y de la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual..., cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro*”.

⁸² GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Ob.cit.*, pág. 239.

futuros, que puedan entrar en la denominación de tecnologías de la información y la comunicación.

Tal es la importancia que tiene que el contacto se haga a través de los medios tecnológicos que la STS 97/2015, de 24 de febrero señala que la ausencia de estos “*parece descartar la aplicación de supuestos en los que la relación se desarrolle en sentido real, es decir, mediante el contacto físico entre el delincuente y la víctima*”⁸³. Es éste un elemento clave para delimitar conceptualmente el delito ya que, si recordamos, aquí se tipifica la modalidad de “*online child grooming*”, caracterizado por ese empleo de los medios tecnológicos para obtener con éstos la confianza plena del menor y conseguir un encuentro físico con el menor a fin de realizar conductas lesivas de índole sexual.

En principio, y a tenor de lo establecido en el párrafo anterior, se excluiría del tipo el contacto directo personal. Sin embargo, cabe la posibilidad de que los actos preparatorios se inicien con un contacto personal directo, pero después les siga un contacto tecnológico. Esto se debe, como refleja la STS 97/2015, de 24 de febrero, a que el precepto no especifica si el contacto que se castiga es el inicial o el derivado. Por ello, si lo que se busca es castigar estas conductas por la facilidad que supone la utilización de las TIC's para captar al menor, esa captación, a veces, no se agota con los contactos iniciales, por lo que sería aplicable el tipo penal al que, tras unos contactos iniciales personales le siguen la captación del menor por medios tecnológicos⁸⁴. Un ejemplo que se recoge en la mencionada sentencia es la de un monitor que es conocido por el menor, que acude al medio tecnológico para la captación de éste, aunque inicialmente su contacto sea directo y personal.

Por otro lado, el contacto que se exige basta con que sea ocasional, no siendo necesario que éste sea continuo, rozando el acoso⁸⁵. Por ello, resulta incorrecto el empleo del término ciberacoso para referirse a la modalidad delictual que aquí nos ocupa. Basta un mero contacto, no teniendo que ser un comportamiento intimidador, coactivo, hostil o humillante, aunque en el inciso final del artículo 183 ter 1 se establece un agravante cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

⁸³ STS 97/2015, de 24 de febrero. Fundamento jurídico 1.

⁸⁴ STS 97/2015, de 24 de febrero. Fundamento jurídico 1

⁸⁵ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *Ob.cit.*, pág. 11.

Otra cuestión que se plantea es quién tiene que tener la iniciativa del contacto. Con la mera lectura del precepto parece ser que tiene que ser la persona que va a desarrollar la conducta castigada. Sin embargo, pueden plantearse casos conflictivos donde sea el menor, que sería el sujeto pasivo, quien establezca el contacto. En estos casos considero que, como señala DE LA MATA BARRANCO, debe resultar indiferente de quien resulte la iniciativa, siempre y cuando sea el sujeto activo quien efectúe la posterior propuesta de encuentro, tomando la iniciativa. Y es que merece igual de desvalor la conducta de quien busca y selecciona la víctima como la de quien aprovecha la comunicación en las redes sociales para elegir como víctima a quien ya ha contactado con él⁸⁶. Un ejemplo podría ser aquellos casos donde el sujeto activo envía un mensaje a una generalidad de contactos, siendo contestado por algún menor, o la participación en grupos que se suelen crear en aplicaciones de mensajería instantánea, véase “WhatsApp” o “Telegram”, donde se reúnen una gran cantidad de personas, habiendo potenciales víctimas.

Centrándonos ya en el término contactar en sí, se puede partir de una definición gramatical. La *Real Academia Española* viene entendiendo por contactar el “*establecer contacto o comunicación con alguien*”⁸⁷. En nuestro caso, sería el establecimiento de un contacto o comunicación con un menor de dieciséis años, implicando hacerle partícipe, manifestarle o hacerle saber algo⁸⁸. Ahora bien, ¿es necesario que el menor responda a ese contacto? La doctrina mayoritaria parece entender que sí, y con razón. El artículo 183 ter 1 no está castigando una solicitud de contacto, sino que sanciona éste y para que sea fructífero el contacto es necesario que haya una respuesta⁸⁹. Y es que, en mi opinión, si se intenta un contacto, pero no se obtiene respuesta por parte del menor, por mucho que dicho contacto esconda una finalidad maliciosa, no alcanza una lesividad lo bastante notoria para poner en peligro el bien jurídico tutelado, siendo una acción irrelevante a los ojos del Derecho Penal. Como bien señala GÓRRIZ ROYO, “*esta primera fase de la conducta típica ha de entenderse en el sentido de que el contacto es una forma de ganarse la confianza del menor, de modo que, para que ello suceda, ha de ser respondido*”⁹⁰. No

⁸⁶ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *Op. et loc.cit.*

⁸⁷ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Real Academia Española, 2018. (Última visita: 17/05/2018). <http://dle.rae.es/?id=ATUfMMu>.

⁸⁸ GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Ob.cit.*, pág. 240.

⁸⁹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *Ob.cit.*, pág. 12; PÉREZ FERRER, Fátima. *Ob.cit.*, pág. 5; GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Ob.cit.*, pág. 240-241; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Ob.cit.*, pág. 162.

⁹⁰ GÓRRIZ ROYO, Elena María. *Op. et loc.cit.*

es posible entablar una confianza con el menor o interferir en su correcto desarrollo sexual si no hay un contacto o, intentado contactar, no prospera ante la falta de respuesta de éste.

2.3.2 *Proposición de un encuentro con un menor de dieciséis años*

Una vez ya se ha establecido el contacto, el siguiente paso será que el sujeto activo realice una proposición de encuentro al menor de dieciséis años. Esta proposición no sólo se puede dar cuando ya se haya realizado el contacto, sino que se puede hacer en el mismo momento en el que se establezca éste, por lo que el contacto y la proposición se pueden dar de forma conjunta. Esta variedad de opciones se produce porque el contacto y la proposición son elementos típicos independientes que pueden coincidir o no en el tiempo⁹¹.

Dicha propuesta no es necesaria que sea reiterada. Basta una propuesta idónea para que el menor acepte.

A tenor de ello surge la duda de si, una vez realizada la propuesta, ésta tiene que ser aceptada por el menor o no. Con la mera lectura del precepto parece ser que no es necesaria la aceptación, siendo bastante la proposición de concertar un encuentro en caso de concurrir los restantes elementos del tipo. Sin embargo, la STS 97/2015, de 24 de febrero, en su Fundamento Jurídico 1, se posiciona en contra, señalando que *“la exigencia de actos materiales encaminados al acercamiento que deben acompañar a la propuesta no pueden desvincularse de la propia propuesta, de manera que la consumación se conseguirá cuando la cita propuesta por el delincuente fuese aceptada por el menor y se inician actos encaminados a que se ejercite la misma”*. A mi juicio, sí es necesario que, además de la proposición, se dé la aceptación por parte del menor. Como se señala, la proposición va acompañada de actos encaminados al acercamiento, por lo que si se logra la aceptación del menor es que éstos gozan de una idoneidad perfecta, acrecentando el peligro de que se produzca la lesión al bien jurídico tutelado del menor.

Por último, se plantea si es posible que el encuentro de dicha proposición sea virtual. Parece ser que hay que descartarlo ya que si se acepta se podría dejar sin contenido el requisito de la realización de actos materiales encaminados al acercamiento⁹². Además, las conductas lesivas que se podrían realizar en un encuentro virtual serían las tipificadas en el artículo 189 del Código Penal debido a que las conductas lesivas del artículo 183

⁹¹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *Ob. et loc.cit.*

⁹² DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *Ob.cit.*, pág. 14.

exigen un contacto físico. Dichas conductas que se podrían realizar seguramente serían objeto de reconducción al apartado 2 del artículo 183 ter⁹³.

2.3.3 Actos materiales encaminados al acercamiento

Se trata del último elemento típico objetivo que se recoge en el artículo 183 ter 1 del Código Penal, siendo accesorio de la conducta consistente en proponer un encuentro a un menor de dieciséis años.

Introduce aquí el legislador una expresión donde sólo nos indica dos cosas, reconocidas por el Tribunal Supremo⁹⁴:

- Los actos tienen que ser materiales y no meramente formales.
- Los actos tienen que estar encaminados al acercamiento.

A partir de ahí se establece un *numerus apertus* de actos⁹⁵ que podrían establecerse bajo el marco que instituye tal expresión. Por consiguiente, serán los tribunales, con la propia casuística, los que vayan determinando los actos materiales que se consideren efectivos y propicios para lograr ese acercamiento al menor. Una decisión, a mi parecer, lógica porque la diversidad de actos que se pueden realizar para lograr el propósito de acercamiento es bastante amplia como para poder realizar un listado de ellos. Sin embargo, eso no quita para que el legislador hubiera tenido la diligencia de introducir una serie de actos a título ejemplificativo. Por ejemplo, los tribunales han ido entendiendo como actos materiales encaminados al acercamiento:

- Acudir al lugar y hora de una cita por parte de quien, previamente, ha propuesto concertar un encuentro a un menor de 16 años por Internet, teléfono o medios similares; que sea el/la menor quien acuda al lugar de encuentro propuesto⁹⁶.
- Entregar regalos al menor, por ejemplo, un teléfono móvil con el que estar en contacto⁹⁷.

⁹³ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *Ob. et loc.cit.*

⁹⁴ STS 97/2015, de 24 de febrero. Fundamento Jurídico 1.

⁹⁵ Así lo señala la STS 97/2015, de 24 de febrero, en su Fundamento Jurídico 1: “*Estamos ante un numerus apertus de actos que el legislador no ha querido acotar en función de las ilimitadas formas de realizar estos actos*”. Una idea suscrita por autores como DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Ob.cit.*, pág. 19; GÓRRIZ ROYO, Elena. *Ob.cit.*, pág. 251; o PÉREZ FERRER, Fátima. *Ob.cit.*, pág. 6.

⁹⁶ SAP de Albacete, de 22 de septiembre. Fundamento Jurídico 4.

⁹⁷ STS 97/2015, de 24 de febrero. Fundamento Jurídico 1.

Un problema que presenta este elemento es que su redacción puede llevarnos a una confusión. Por ello, resulta procedente realizar una interpretación de éste, a fin de poder tener una base para poder juzgar, en su momento, si unos determinados actos que se realicen durante el supuesto son susceptibles de catalogarse como “*actos materiales encaminados al acercamiento*”.

Centrándonos en la expresión “*actos materiales*” se deduce que han de ser actos tangibles o perceptibles por los sentidos, lo que requerirá de una actuación física o acercamiento presencial que vaya más allá del mundo digital y facilite el encuentro entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. De este modo, ante la problemática relativa a si debajo de dicha expresión tienen cabida actos virtuales, parece ser que hay que descartar tal posibilidad, en la medida de que es este elemento el que dota de materialidad al tipo⁹⁸. El Tribunal Supremo entiende que si los actos virtuales también se consideran como actos materiales encaminados al acercamiento, se crearía una situación de complejidad, ya que sería dificultoso poder deslindarlos de los actos virtuales mediante los que se ha desarrollado la relación o los que se hayan empleado para formular la propuesta del encuentro⁹⁹. Asimismo, VILLACAMPA ESTIARTE recuerda que “*nos hallamos ante la elevación a delito de actos preparatorios enderezados a la comisión de delitos contra la libertad sexual que, cuando constituyen abusos o agresiones sexuales, requieren de la convergencia de autor y víctima en un mismo espacio y tiempo físicos*”¹⁰⁰. Cosa distinta es que se pueda entender el término “*material*” más allá de la referencia al ámbito físico, realizándose un acto virtual pero que éste trascienda y cruce la línea de la conversación digital, como puede ser la reserva de una habitación de un hotel vía web¹⁰¹.

Y es que la expresión “*acercamiento*” que se recoge en el precepto da lugar a dudas de cuál es la intención del legislador, ya que se le puede dotar de dos significados, recogidos en la STS 97/2015, de 24 de febrero, en su Fundamento Jurídico 1: “*Por un lado, los mismos actos deben ir ‘encaminados al acercamiento’, finalidad que obliga a hacer una interpretación de los términos usados por el legislador; la redacción del*

⁹⁸ GÓRRIZ ROYO, Elena. “‘On-line child grooming’ en Derecho Penal...”, cit., pág. 31.

⁹⁹ La STS 97/2015, de 24 de febrero, en su Fundamento Jurídico 1, manifiesta que: “*Así considerados los actos digitales exigidos por el tipo como ‘encaminados al acercamiento’, no se distinguirían de los actos digitales a través de los que se ha desarrollado la relación o los que se hayan realizado para formular la propuesta de encuentro, si se entiende que los actos deben ser ejecutados para que tal encuentro tenga lugar*”.

¹⁰⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Ob.cit.*, pág. 165.

¹⁰¹ DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *Ob.cit.*, pág. 16.

precepto, en principio, parece referirse al estrechamiento de la relación de seducción, es decir, al acercamiento del delincuente al menor, afianzando mediante tales actos materiales el efecto y confianza a la víctima, y también cabe interpretar que el acercamiento es, en realidad, el propio ‘encuentro’”. Este problema no estaría presente si la redacción hubiese sido menos abstracta, haciendo referencia expresamente al “*encuentro*” como se hace en el Convenio de Lanzarote de 2007¹⁰². Sin embargo, resultan aceptables estas dos definiciones que ofrece el Tribunal Supremo en la medida de que pueden ser compatibles, es decir, se puede realizar un acto encaminado a asegurar ese encuentro pero que, además, venga a fortalecer y estrechar esa relación de confianza creada entre el sujeto activo y el menor. A pesar de ello, debe predominar el entendimiento de que los actos tienen que estar dirigidos a hacer efectivo el encuentro, ya que será este el punto donde se quiera llegar a fin de cometer las conductas tipificadas en los artículos 183 y 189 del Código Penal. El entendimiento de “*acercamiento*”, recogido en el artículo 183 ter 1, como emocional y de confianza únicamente es, a mi juicio, una posible consecuencia que puede llevar aparejada la realización de actos que buscan asegurar ese encuentro deseado por el sujeto activo y poder proceder a la finalidad que realmente quiere éste.

2.3.4 Con el fin de cometer cualquier delito de los artículos 183 y 189 del Código Penal

Este se trata del elemento subjetivo que contiene el tipo. De su redacción se desprende que no es necesario que se produzca la efectiva comisión de dichos preceptos para que se entienda consumado el tipo del artículo 183 ter 1 del Código Penal. No obstante, en los casos donde sí se lleven a cabo dichas conductas se producirá un concurso, objeto de análisis más adelante.

Por otro lado, se tiene que rechazar la idea de ampliar la remisión contenida en el precepto. Esto se debe a que la remisión se realiza respecto a dos ámbitos que, en la práctica, son los más frecuentes que se den sobre los menores: los abusos y agresiones sexuales y la pornografía infantil. Por ello, los casos en los que se realicen los actos preparatorios recogidos en el artículo 183 ter 1 estarán motivados por la finalidad de

¹⁰² Su artículo 23 utiliza una expresividad que no da lugar a dudas de a qué se puede referir: “*cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro*”. Una expresión menos abstracta que el “*acercamiento*” empleado en el artículo 183 ter 1 del Código Penal y también en el artículo 6.1 de la Directiva 2011/93/UE. A mi juicio, el legislador se limitó a emplear la misma expresión que la Directiva, dando así cumplimiento al desarrollo del instrumento europeo, sin ni siquiera molestarse en pensar si quizás esa redacción resultaba demasiado abstracta.

cometer conductas relacionadas con esos dos ámbitos, por lo que ampliar la remisión a otros ámbitos sólo implicaría problemas interpretativos.

Centrándonos en las remisiones que se realizan en el artículo 183 ter 1, la conexión entre dicho precepto y las conductas de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años del artículo 183 no plantea ningún problema. Se da cumplimiento a la remisión que realiza el propio artículo 6.1 de la Directiva 2011/93/UE¹⁰³. Este precepto remite a infracciones relacionadas con los abusos y agresiones sexuales a menores, por lo que el legislador cumple con el mandato supranacional.

El problema reside en la remisión que se realiza al artículo 189 del Código Penal. Si se acude a tal precepto se puede observar que la cantidad de conductas relativas a la pornografía infantil que se castigan es amplia. Sin embargo, el artículo 23 del Convenio de Lanzarote de 2007 únicamente realiza una remisión a las conductas consistentes en la producción de pornografía infantil. Por tanto, el artículo 183 ter 1 realiza una remisión más amplia que la que se exige supranacionalmente, ya que las conductas consistentes en la producción de pornografía infantil vienen recogidas en el artículo 189.1.a) del Código Penal. Por ello, creo que se debería modificar la remisión al artículo 189, reduciéndola únicamente a las conductas recogidas en el artículo 189.1.a) y sus agravantes, quedando así en armonía con lo exigido supranacionalmente y, también, evitando una amplia remisión que pudiera conllevar problemas de aplicación e interpretación.

3. PROBLEMAS DE ANTIJURICIDAD: EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO EN EL “CHILD GROOMING”

Una de las modificaciones que se produjo con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo fue el incremento de edad de consentimiento sexual de trece a dieciséis años. Dicha edad es, como señala el artículo 2.b) de la Directiva 2011/93/UE, *“la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor”*, diferenciándolo del término menor, que es *“toda persona menor de 18 años”*. La justificación de este incremento de edad, de acuerdo con el apartado decimosegundo de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica mencionada, descansa en que *“en la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años,*

¹⁰³ El Convenio de Lanzarote de 2007, en su artículo 23, también remite a infracciones de abusos sexuales con un niño.

y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil”. En consecuencia, por debajo de la edad de dieciséis años, el menor no tiene capacidad para emitir cualquier clase de consentimiento en relación a actos de índole sexual y, por ello, aquellas conductas de naturaleza sexual que se realicen con éstos son objeto de responsabilidad penal¹⁰⁴.

Sin embargo, el legislador establece una cláusula de exención de responsabilidad penal, reconociendo una cierta eficacia al consentimiento libremente prestado por un menor de dieciséis años en determinados casos. Dicha cláusula viene establecida en el artículo 183 quater del Código Penal, que dice lo siguiente: *“El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez”*¹⁰⁵.

Los menores, como hemos visto a la hora de rechazar la libertad sexual como bien jurídico tutelado, carecen de capacidad suficiente para prestar su consentimiento en la realización de actos de carácter sexual, por lo que no disponen de plena libertad sexual. Por ello, introducir una cláusula donde el menor, mediando su consentimiento, pueda excluir la responsabilidad penal, resulta bastante chocante y confuso. Se podría entender que aquí se está introduciendo una causa de justificación, declarando una ausencia de antijuricidad de la conducta pero, realmente, lo que se recoge es una cláusula donde se interpone una excusa absolutoria que busca excluir la punibilidad de la conducta en la medida que se entiende que no cuenta con una entidad lesiva suficiente a ojos del Derecho Penal.

Esta teoría que acabamos de exponer se fundamenta en que no se debe entender que el consentimiento del menor de dieciséis años tiene entidad suficiente para extinguir

¹⁰⁴ DE LEMUS VARA, Francisco Javier. *Ob.cit.*, pág. 2.

¹⁰⁵ Esta cláusula concuerda con lo establecido en el artículo 8.1 de la Directiva 2011/93/UE, quien señala: *“quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 3, apartados 2 y 4, será aplicable a los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos”*.

la responsabilidad, sino que a éste se le concede una cierta flexibilidad para su desarrollo libre sexual. Esto se desprende del propio artículo 183 quater del Código Penal al exigir una serie de condiciones para que sea operativa la cláusula: “*cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez*”¹⁰⁶. Así, se permite al menor una cierta disposición de su consentimiento, porque habrá casos donde éste cuente con todos los requisitos de capacidad y discernimiento necesarios para consentir válidamente, siendo consciente de lo que hace y las consiguientes consecuencias, y que no deja ser también una situación propia de desarrollo emocional y sexual del menor¹⁰⁷.

Por lo tanto, en el caso del “*online child grooming*”, la cláusula del artículo 183 quater del Código Penal evita la existencia de responsabilidad penal, tanto de jóvenes que han alcanzado la mayoría de edad como de menores que pueden ser considerados responsables penalmente conforme a la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, siempre que el autor del delito se trate de una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez, además de que el menor de dieciséis años haya prestado libremente su consentimiento. Si no se cumple ninguno de estos requisitos no procederá su aplicación y se mantendrá la responsabilidad penal.¹⁰⁸

El problema que presenta esta cláusula es determinar qué entra dentro de la expresión “*cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez*”. Para ello, se tendrán que tener en cuenta los criterios establecidos mediante la investigación de la fenomenología del abuso sexual infantil, concretamente respecto a la asimetría de edad de ambos, entendida como desigualdad madurativa que no permite el ejercicio de una libre decisión por parte del menor y, por consiguiente, una relación sexual compartida, debido a las diferencias de experiencia, madurez y expectativas sobre la relación sexual¹⁰⁹. La doctrina acepta una serie de criterios propuestos por FINKELHOR¹¹⁰, según los cuales cabe considerar abusivos:

- Los contactos sexuales entre menores de doce años y una persona mayor de edad.

¹⁰⁶ LUZÓN CUESTA, José María. Compendio de Derecho Penal. Parte Especial (20ª ed.). Madrid, Dykinson, 2017, pág. 116.

¹⁰⁷ SAINZ-CANTERO CAPARROS, José Eduardo. *Ob.cit.*, págs. 255-256.

¹⁰⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Ob.cit.*, págs. 176-177.

¹⁰⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep María. *Ob.cit.*

¹¹⁰ Citado por LUZÓN CUESTA, José María. *Op. et loc.cit.*

- Entre una persona menor de doce años y un adolescente de menos de dieciocho, pero siempre que medie una diferencia de cinco años entre ambos.
- Los contactos sexuales realizados con un adolescente entre los trece y los dieciséis años, siempre que se tenga diez o más años.

Estos criterios son, a mi juicio, idóneos para emplearlos como guía a la hora de aplicar la cláusula, siempre y cuando se atienda a las peculiaridades del hecho concreto, ya que el grado de desarrollo y madurez es algo demasiado subjetivo, debiéndose valorar de una forma más personal.

4. CULPABILIDAD

En cuanto a la culpabilidad, el delito de “*online child grooming*”, recogido en el artículo 183 ter 1 del Código Penal, se trata de un delito de carácter exclusivamente doloso¹¹¹. No cabe la comisión de este tipo por imprudencia debido a que no se encuentra regulada dicha posibilidad expresamente, como bien exige el artículo 12 del Código Penal¹¹².

Un aspecto clave en este delito y que, en mi opinión, puede dar mucho juego a la hora de excluir la responsabilidad, es la edad del menor. Y es que, si el sujeto activo no conoce que está preparando a un menor de edad con fines sexuales, no podrá verificarse el tipo del artículo 183 ter 1 del Código Penal¹¹³. Por ello, se pueden dar supuestos en los que sea susceptible de aplicación el error de tipo en la medida de que se ignora uno de los elementos esenciales de este delito, como es que se está tratando con un menor de dieciséis años¹¹⁴. A tenor de lo recogido en el artículo 14.1 del Código Penal, se procedería a la exclusión de la responsabilidad penal, sea invencible o vencible¹¹⁵.

¹¹¹ Véase, por ejemplo, GÓRRIZ ROYO, Elena. “‘*Online child grooming*’ desde las perspectiva...”, cit., pág. 246; PÉREZ FERRER, Fátima. *Ob.cit.*, pág. 8; MENDOZA CALDERÓN, Silvia. El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores (Bullying, cyberbullying, grooming y sexting). Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 163.

¹¹² Este precepto recoge que “*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*”.

¹¹³ La SAP de Valencia, de 24 de octubre recoge, en su Fundamento Jurídico 2, un rechazo a la posible aplicación del precedente artículo 182 bis debido a la imposibilidad del acusado de conocer que estaba tratando con una menor de trece años.

¹¹⁴ PÉREZ FERRER, Fátima. *Op. et loc.cit.*

¹¹⁵ El artículo 14.1 del Código Penal manifiesta que “*El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente*”. En el

Este error de tipo es muy fácil que se pueda dar debido a la dificultad que evidencian las tecnologías de la información y la comunicación para tener un conocimiento real de la edad del sujeto con el que se está manteniendo un contacto. El empleo de identidades falsas, redes sociales que exigen ser mayor de dieciséis o dieciocho años, etc. son situaciones que dificultarán que el sujeto activo conozca objetivamente la edad del menor, pudiendo ser posible excluir la responsabilidad penal.

5. PENALIDAD

La pena prevista en el artículo 183 ter 1 del Código Penal para el delito de “*online child grooming*” es la misma que se establecía en el precedente artículo 183 bis. Por ello, a pesar de que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo haya introducido este nuevo artículo, la pena sigue siendo de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses. Esto otorga flexibilidad al juez, pudiendo optar por una u otra medida.

Por otro lado, y de acuerdo con el artículo 191.1 del Código Penal, para la persecución de este delito bastará la denuncia del Ministerio Fiscal por tratarse de un menor¹¹⁶. Además, conforme al artículo 192, al condenado con pena de prisión se le impondrá la medida de libertad vigilada, agravación de la pena en mitad superior cuando se traten de ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor, e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o privación de la patria potestad¹¹⁷.

caso de que el error sea vencible, como no se regulan formas comisivas imprudentes, se excluye el castigo penal.

¹¹⁶ El precepto señala que “*para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal*”.

¹¹⁷ El artículo 192 del Código Penal, en sus distintos apartados, contiene lo siguiente:

“1. A los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en este Título se les impondrá además la medida de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad. La duración de dicha medida será de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años si se trata de uno o más delitos menos graves. En este último caso, cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, el tribunal podrá imponer o no la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del autor.

2. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

6. CONCURSOS

Una vez ya conocida la penalidad, cabe adentrarse en una expresión que recoge el propio precepto y que crea un gran conflicto interpretativo en la doctrina. Éste señala que serán de aplicación las penas mencionadas anteriormente *“sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos”*. Se abre con esta cláusula una vía de posibles concursos que se pueden dar con el artículo 183 ter 1. Una vía que abre dos caminos: ¿concurso de normas o concurso de delitos?¹¹⁸

Si se realiza una interpretación literal del precepto, se podría entender que lo que se recoge es un concurso de delitos. Además, se alega que los tipos penales que contiene el artículo 183 ter 1 son autónomos, exigiendo sus propios requisitos¹¹⁹.

Sin embargo, un concurso de delitos entre el artículo 183 ter 1 y los artículos 183 y 189 del Código Penal puede conllevar la vulneración del principio non bis in ídem. No se puede vulnerar dicho mandato constitucional cuando nos encontremos en supuestos de triple identidad (de sujeto, hecho y fundamento), lo que impide sancionar doblemente supuestos de mera progresión criminal¹²⁰. Una progresión criminal que se da en aquellos casos donde se produce la consumación de los delitos del artículo 183 ter 1 y los artículos 183 y 189, como así señala la STS 864/2015, de 10 de diciembre, manifestando, respecto a las conductas tipificadas en el artículo 183 del Código Penal que, “los abusos o agresión

No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

3. El juez o tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, y la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años. A los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos II bis o V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado”.

¹¹⁸ Como recuerda la STS 109/2017, de 22 de febrero, en su Fundamento Jurídico 4, *“la relación concursal puede darse en las modalidades de concurso de leyes o de concurso de delitos. El concurso de leyes o normas se aplica cuando uno o varios hechos pueden insertarse en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, ya que es suficiente por sí solo para comprender o abarcar todo el desvalor del hecho o de los hechos que concurren en el caso concreto. De modo que si se penaran los dos tipos delictivos se incurriría en un bis in ídem, vedado por el principio de legalidad y por el art. 25 de la CE. En cambio, se está ante un concurso de delitos, ya sea en su modalidad real o ideal, cuando se precisa aplicar dos o más tipos penales para penar debidamente todo el desvalor de la conducta integrante de uno o varios actos del acusado”*.

¹¹⁹ DE LEMUS VARA, Francisco Javier. *Ob.cit.*, pág. 6.

¹²⁰ GÓRRIZ ROYO, Elena. *“On-line child grooming’ en Derecho Penal...”*, cit., pág. 35.

sexual consecuencia del acercamiento y aproximación obtenidos por los medios tipificados en el art. 183 bis absorben a éste. El delito del art. 183 bis (actual 183 ter) es un delito de riesgo que quedará absorbido cuando el resultado que se pretende prevenir se alcanza efectivamente: es un caso de progresión delictiva”.¹²¹ Por ello, en mi opinión, no resulta procedente la aplicación de un concurso de delitos, debiendo optar por un concurso de normas, regulado en el artículo 8 del Código Penal, en cuanto se da la triple identidad que se viene exigiendo para la aplicación del principio no bis in ídem.

Cabe destacar que el problema no acaba ahí, ya que la siguiente cuestión es determinar cuál de las reglas contenidas en el artículo 8 resultaría de aplicación. Ante ello, la STS 109/2017, de 22 de febrero recoge que podría operar el principio de consunción (regla tercera del artículo 8 del Código Penal¹²²) o el de subsidiariedad táctica (regla segunda del artículo 8 del Código Penal¹²³)¹²⁴. Sobre el principio de consunción también se posicionan distintos autores¹²⁵, y es que resulta la regla más idónea porque, como ya se ha dicho anteriormente, las acciones tipificadas en el artículo 183 ter 1 no dejan de ser actos preparatorios para la comisión de alguna de las conductas tipificadas en los artículos 183 y 189, por lo que si se ven consumados, éstos absorben lo recogido en el artículo 183 ter 1. Aun así, pienso que en aquellos casos donde se pueda producir una duda a la hora de aplicar esta regla, no se olvide de una posible reconducción a la regla de alternatividad¹²⁶, pues ésta vendrá a asegurar que se pene la conducta con penalidad más grave, porque, si se ha tipificado unos actos preparatorios, es porque estos tienen, a ojos del Derecho Penal, una gravedad superior a actos preparatorios que se puedan dar en otros delitos, lo cual hay una intencionalidad por parte del legislador de que se establezca el castigo más grave. Por tanto, resultaría contradictorio que se diera un

¹²¹ STS 864/2015, de 10 de diciembre. Fundamento Jurídico 1.

¹²² “El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”.

¹²³ “El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible”.

¹²⁴ Dicha Sentencia, en su Fundamento Jurídico 4, señala que: “los actos comprendidos en el art. 183 bis son considerados doctrinalmente como actos preparatorios de los delitos-fin que señala el precepto, lo que concuerda con el concepto de progresión hacia las fases de tentativa y consumación cuando los abusos sexuales se materializan, supuesto en que ha de operar el principio de consunción o el de subsidiariedad tácita (art. 8 del CP), quedando por tanto absorbidos los actos preparatorios por los que integran el delito finalmente perpetrado contra la indemnidad sexual”.

¹²⁵ BOIX REIG, Javier. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (4). Acoso sexual”, en Derecho Penal. Parte Especial. Volumen 1. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal), (BOIX REIG dir.), Madrid, Iustel, 2016, pág. 401, o ¹²⁵ GÓRRIZ ROYO, Elena. *Ob.cit.*, pág. 39.

¹²⁶ GÓRRIZ ROYO, Elena. *Op. et loc.cit.*

supuesto donde la pena que correspondería en aplicación del principio de consunción fuese menor que la pena que se aplicaría en el caso de emplearse el principio de alternatividad¹²⁷.

Ante ello, la cláusula que recoge el artículo 183 ter 1 se tiene que reservar para los supuestos en que los actos que contempla el precepto sean realizados de una forma o con unas circunstancias específicas que acaben menoscabando otros bienes jurídicos diferentes a la indemnidad sexual del menor¹²⁸.

A pesar de las soluciones que se le han dado a los problemas planteados, considero que se debería realizar una mejor redacción de esta cláusula. Ésta es demasiado genérica, lo que permite que se puedan incluir en ella las conductas del artículo 183 y 189 que, como hemos visto, conducen a una triple identidad que, de aplicarse un concurso de leyes, se produciría una lesión del principio non bis in ídem. No es necesario eliminar la cláusula, porque asegura una mayor penalidad ante casos donde las víctimas son menores, unos sujetos que merecen una especial protección por, sobre todo, estar sumergidos en una etapa de aprendizaje que les marcará para el resto de sus vidas. La solución sería intentar dejar claro que el concurso de leyes, que introduce la cláusula del artículo 183 ter 1, se emplea únicamente cuando se menoscaban otros bienes jurídicos distintos a la indemnidad sexual, e indicar que se producirá un concurso de normas cuando llegue a consumarse los delitos que motivan la realización de las conductas del artículo 183 ter 1. Y es que, a veces, se quiere ser tan abstracto y genérico para que una expresión abarque todas las situaciones posibles que, finalmente, genera más problemas que si se hubiera sido más detallado con la redacción.

¹²⁷ La STS 109/2017, de 22 de febrero, en su Fundamento Jurídico 4, plantea una situación donde se puede tal posibilidad, apostando como solución la aplicación del criterio de la alternatividad: *“supuesto en el que, debido a contradicciones axiológicas de las normas aplicables, se diera la circunstancia de que el delito del art. 183 bis del C. Penal resultara más penado que la tentativa del delito-fin que prevé el referido precepto, situación en la que cabría plantearse la aplicación del criterio de la alternatividad (art. 8.4º CP) con el fin de no desvirtuar el fin de la norma, adecuando su interpretación a una la tutela del bien jurídico acorde con el principio de proporcionalidad penal”*.

¹²⁸ STS 109/2017, de 22 de febrero, Fundamento Jurídico 4. Por otro lado, GÓRRIZ ROYO, Elena. *Ob.cit.*, pág. 37, plantea una serie de ejemplos en los que se podría dar el caso: *“Así puede suceder cuando se demuestre que una misma persona, por ejemplo, contacta vía e-mail con varios menores y realiza propuestas de encuentro y actos materiales de acercamiento a cada uno de ellos, pero se consuma un único delito del art. 183 CP con respecto a uno solo de aquellos menores. Éste absorbería el desvalor del previo delito de child grooming, pero la puesta en peligro creada respecto del resto de menores justificaría la aplicación del concurso real de diversos delitos del art. 183 ter.1º CP con aquel otro del art. 183 CP, conforme a la fórmula concursal del primer precepto. También cabrá considerar esta clase de concurso entre el delito del art. 183 ter.1º CP y, por un lado, delitos contra la intimidad (v. gr. art. 197 CP), etc.”*.

7. EL TIPO AGRAVADO DEL INCISO FINAL DEL NÚMERO 1 DEL ARTÍCULO 183 TER

El precepto, objeto de análisis, concluye su redacción de la siguiente manera: “*Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño*”. Se introduce, por lo tanto, un agravante en aquellos casos donde intervengan alguno de los tres fenómenos mencionados, suponiendo una facilitación del acercamiento.

Si acudimos a los instrumentos supranacionales que el legislador español ha empleado para fundamentar la incorporación del delito de “*online child grooming*” en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente, al Convenio de Lanzarote de 2007 y a la Directiva 2011/93/UE, se puede observar que no se prevé la necesidad de recoger esta agravante. Por consiguiente, se trata de una peculiaridad introducida por el legislador español, cuyo fundamento puede ser el plus de ofensividad que comportan, al comprometer otros bienes jurídicos además de la indemnidad sexual¹²⁹.

Empezando por la intimidación, es posible que normalmente se verifique por el empleo de amenazas, por lo que habrá casos donde será difícil distinguir entre este subtipo agravado y un delito de amenazas. Para ello, la doctrina habla de la presencia de un concurso de normas, siendo de aplicación el artículo 8.1 del Código Penal¹³⁰, a favor del delito de “*online child grooming*” del subtipo agravado del artículo 183 ter 1¹³¹.

Respecto a la coacción, presenta problemas, porque solamente si hay contacto físico podrá verificarse. Además, al afectar a la libertad de obrar, QUERALT JIMÉNEZ entiende que no casan político-criminalmente ni criminológicamente¹³². Por ello, será difícil comprobar que el acercamiento es posterior al empleo de aquel método comisivo. En todo caso, entrará en juego un concurso de normas, siendo de aplicación el artículo 8.1 del Código Penal mencionado anteriormente¹³³.

Sin embargo, el fenómeno más problemático se trata del engaño. Resulta muy difícil de separarlo de la conducta típica del tipo básico porque el engaño, normalmente,

¹²⁹ GÓRRIZ ROYO, Elena. *Ob.cit.*, pág. 39.

¹³⁰ Dicho precepto recoge que “*El precepto especial se aplicará con preferencia al general*”. También se le conoce como principio de especialidad.

¹³¹ Véase DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Ob.cit.*, pág. 25; GÓRRIZ ROYO, Elena. *Ob.cit.*, pág. 41; o PÉREZ FERRER, Fátima. *Ob.cit.*, pág. 8.

¹³² QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J. *Ob.cit.*, pág. 241.

¹³³ PÉREZ FERRER, Fátima. *Op. et loc.cit.*

es un medio que se emplea cuando se realiza ésta. La solución que se adopta, y que parece la más acertada, es que, cuando el engaño tenga la entidad suficiente para lograr el encuentro, se aplique el subtipo agravado. En el caso de que no sea así, se entenderá que forma parte de la conducta típica que se recoge en el tipo básico del artículo 183 ter 1 del Código Penal¹³⁴.

En mi opinión, es un acierto introducir un subtipo agravado a razón de gravar un plus de ofensividad producido por el empleo de actuaciones como la coacción o la intimidación. Sin embargo, no resulta correcto introducir el engaño como una forma de agravación, ya que éste forma parte del comportamiento típico que caracteriza el “*online child grooming*”, por lo que ya se tiene en cuenta su gravedad, no resultando procedente incluirlo como un elemento independiente que puede suponer una mayor ofensividad.

¹³⁴ GÓRRIZ ROYO, Elena. *Op. et loc.cit.*

IV. VALORACIONES FINALES

Como se ha podido observar, la fenomenología del “*child grooming*” tiene un carácter muy amplio, pudiendo mutar en distintas modalidades. A pesar de ello, existe una estructura básica, con unos elementos que se deben dar para poder entender que nos encontramos ante el fenómeno que nos ocupa. Gracias a ello, se puede elaborar una definición de “*child grooming*” genérica que nos permita tener un conocimiento sólido sobre esta materia. En definitiva, se debe entender por “*child grooming*” todo aquel proceso donde se suceden una serie de prácticas o técnicas dirigidas a favorecer y conseguir un acercamiento para obtener con éste la confianza plena del menor y alcanzar un encuentro físico con éste a fin de realizar conductas lesivas de índole sexual.

Una vez dicho esto, nos podemos dar cuenta de que, en nuestro ordenamiento jurídico, no se regula el fenómeno de forma genérica, sino que se opta por la tipificación de una de sus distintas modalidades. En concreto, la modalidad que se regula es el “*online child grooming*”. Esta modalidad cuenta con los mismos elementos que el “*child grooming*”, pero se le añade el empleo de las tecnologías de la información y la comunicación. Por todo ello, a la hora de referirse al fenómeno que se regula en el artículo 183 ter 1 del Código Penal, se debe mencionar con la nomenclatura de “*online child grooming*” y no con otras, ya que pueden llevar a error a la hora de realizar la correspondiente interpretación del precepto.

Tras haber completado el análisis del artículo 183 ter 1, se puede observar que se protege en él la indemnidad sexual del menor, entendiéndose como el derecho a no verse sometido en un contexto sexual donde no se ha prestado un consentimiento válido y la correcta formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor, ya que nos encontramos ante una protección especial debido a los sujetos que se están protegiendo, quedando rechazada la libertad sexual en cuanto los menores de dieciséis años no disponen de la capacidad para prestar su consentimiento sexual válidamente.

Además, se trata de un delito de peligro abstracto y de resultado cortado, en cuanto se tipifican actos preparatorios que, a raíz de la evolución social y tecnológica, el legislador ha considerado peligrosos para la indemnidad sexual del menor y que están destinados a obtener un contacto real con el menor, sin ser necesario que se consiga para que el tipo se entienda consumado.

Se puede decir que el artículo 183 ter 1 recoge, grosso modo, las conductas que conforman el “*online child grooming*” de una manera correcta y fidedigna. Sin embargo, el precepto adolece de algunos errores, requiriendo modificaciones para poder regular satisfactoriamente la materia.

Estas modificaciones pasarían, en primer lugar, por la sustitución del término acercamiento por otro, dejando claro que los actos materiales acompañan a la propuesta de encuentro. Esto encuentra su motivación en que es el encuentro lo que se quiere evitar, al ser el momento donde más peligro corre el menor, ya que puede ver lesionado su bien jurídico. El acercamiento entendido como aproximación emocional y personal se busca ya desde el contacto, debido a la necesidad que tiene el sujeto activo de obtener cierta confianza con el menor para lograr que éste sucumba ante sus pretensiones.

Otro aspecto a mejorar es la cláusula concursal que recoge el precepto. Se debe reformar de tal manera que quede claro que se tiene que proceder a un concurso de normas cuando se traspase la barrera que marca el precepto y la conducta llegue hasta los artículos 183 y 189 del Código Penal. La cláusula, que recoge un supuesto de concurso de delitos, debe quedar únicamente para castigar aquellos supuestos en donde ha ocurrido alguna circunstancia que ha provocado la lesión de bienes jurídicos distintos a la indemnidad sexual del menor.

Relacionado también con lo anterior, se debe reformar la remisión que se realiza al artículo 189 del Código Penal, al ser demasiado amplia en comparación con lo exigido supranacionalmente. Esta remisión debería ser únicamente al artículo 189.1.a) y sus agravantes, correspondiente a conductas de producción de pornografía infantil, ya que son las conductas que vienen exigidas por los instrumentos supranacionales.

Por último, se debería eliminar, como motivo de agravante, el engaño. Éste ya se puede entender incluido en la propia conducta típica del “*online child grooming*”, no siendo necesario deslindarlo de ésta e introducirlo como un elemento agravatorio.

Una problemática que se ha suscitado es el conflicto en el ámbito de la antijuricidad al estar el artículo 183 ter 1 incluido en la excusa absolutoria del artículo 183 quater. Este conflicto se debe a que resulta contradictorio que, por un lado, se diga que los menores de dieciséis años no tienen libertad sexual porque carecen de la capacidad suficiente para poder autodeterminarse de modo libre y consciente y, por tanto, no resultando válido el consentimiento que otorguen y, por otro lado, se establezca que el

consentimiento otorgado por éste pueda servir de excusa absolutoria para establecer la no punibilidad de la conducta. A pesar de ello, se obra bien en introducir esta cláusula absolutoria, ya que se pueden dar casos donde el menor de dieciséis años cuente con el conocimiento suficiente para saber lo que hace y sus consecuencias, siendo también una parte de su libre desarrollo personal y sexual.

Otro aspecto a tener en cuenta será el anonimato que otorgan las tecnologías de la información y la comunicación, no solo al sujeto activo, sino a los menores. Ello supondrá que siempre se busque eludir la responsabilidad criminal mediante la alegación de un error de tipo sobre la edad del menor. Por lo tanto, los jueces habrán de hilar muy fino para no dejar que, por esta vía, puedan quedar impunes actos lesivos hacia los menores.

Finalmente, a pesar de que la victimización por casos de “*online child grooming*” resulte ser escasa, no se deben cerrar los ojos ante una realidad creciente como es el continuo desarrollo tecnológico que se está implantando en la sociedad. Dentro de este desarrollo, los menores están cada vez más inmersos, suponiendo un incremento del riesgo de lesión de los bienes jurídicos que protagonizan.

Sin embargo, opino que la solución no se encuentra únicamente en tipificar la conducta aquí expuesta para frenarla y ofrecer protección a los menores. Existen otros instrumentos como, por ejemplo, charlas escolares, programas de información y concienciación, creación de sitios donde se contenga toda la información relevante y necesaria a tener en cuenta, etc., con los cuales se puede paliar esta fenomenología, buscando informar y concienciar a los menores de los peligros que conllevan el uso de las tecnologías de la información y la comunicación y de las fenomenologías en las que se pueden ver envueltos. Además, no sólo se les informaría de los peligros, sino de cómo deben actuar cuando se encuentren inmersos en una situación del tal calibre. Todo ello hará que se vaya creando un conocimiento y una conciencia que se asiente en la sociedad, pudiendo reducir la probabilidad de riesgo de aparición de esta fenomenología.

V. ANEXOS

1. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ACPI/ DEFENSOR DEL MENOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID/ PROTÉGELES, “*Seguridad Infantil y costumbre de los menores*”, Madrid, 2002. Disponible en: <http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM013252.pdf>. (Última visita el 02/05/2018).

ARANZADI INSTITUCIONES. Thomson Reuters, 2018. (Última visita el 10/05/2018).

BOIX REIG, Javier. “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (4). Acoso sexual*”, en Derecho Penal. Parte Especial. Volumen 1. La protección penal de los intereses jurídicos personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal), (BOIX REIG dir.), Madrid, Iustel, 2016.

DEFENSOR DEL PUEBLO. “*Programación y contenidos de la televisión e internet: opinión de los menores sobre la protección de sus derechos*”, Madrid, 2010.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. “*El contacto tecnológico con menores del art. 183 ter 1 CP como delito de lesión contra su correcto proceso de formación y desarrollo personal sexual*”, en **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, 2017, Nº 19.

DE LEMUS VARA, Francisco Javier. “*El delito de child grooming tras la modificación operada en el artículo 183 ter del Código Penal, por la Ley Orgánica 1/2015*”, en **Diario La Ley**, 2015, Nº 8604.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Real Academia Española, 2018. <http://dle.rae.es/>. (Última visita: 17/05/2018).

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. “*El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual*”, en **Estudios de Derecho Judicial**, 1999, Nº 21.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús. “*Child grooming y sexting: anglaicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma del 2015*”, en **Diario La Ley**, 2016, Nº 8758.

FUNDACIÓN ANAR, “*Informe Anual 2013. Teléfono ANAR*”, Madrid, 2014.
Disponible en: <http://www.anar.org/wp-content/uploads/2014/05/Informe-Tel%C3%A9fono-ANAR-2013-definitivo-27-5-2014.pdf>. (Última visita el 02/05/2018).

GÓRRIZ ROYO, Elena María. “‘*Online child grooming*’ desde las perspectivas comparada y criminológica, como premisas de estudio del art. 183 ter 1º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de marzo)”, en *Menores y Redes Sociales*, (Cuerda Arnau, María Luisa Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

GÓRRIZ ROYO, Elena. “‘*On-line child grooming*’ en *Derecho penal español*”, en **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, 2016, Nº 3.

GUARDIOLA SALMERÓN, Miriam. “*Menores y redes sociales: Nuevos desafíos jurídicos*”, en **Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)**, 2016, Nº 18, págs. 53-67.

LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial* (20ª ed.). Madrid, Dykinson, 2017.

MEGÍAS QUIRÓS, Ignacio/ RODRÍGUEZ SAN JULIÁN, Elena. “*Jóvenes y Comunicación. La Impronta de lo virtual*”. Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, Madrid, 2014. Disponible en http://adolescenciayjuventud.org/generico/descargar_doc.php?Id=73887&Id2=1. (Última visita el 02/05/2018).

MENDOZA CALDERÓN, Silvia. *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores (Bullying, cyberbullying, grooming y sexting)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General* (9ª ed.). Barcelona, Reppertor, 2011.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010*”, en **Revista de Derecho y Ciencias Penales**, 2010, Nº 15.

MUÑOZ CONDE, Francisco/ GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General* (9ª ed.). Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal: Parte Especial (21ª edición). Valencia. Tirant lo Blanch. 2017.

O'CONNELL, Rachel. "*A typology of child cybersexexploitation and online grooming practices*". Cyberspace Research Unit – University of Central Lancashire. Lancashire, 2003. Disponible en <http://image.guardian.co.uk/sys-files/Society/documents/2003/07/17/Groomingreport.pdf>. (Última visita el 02/05/2018).

OXFORD LIVING DICTIONARIES. Oxford University Press, 2018. <https://en.oxforddictionaries.com/>. (Última visita el 02/05/2018).

PÉREZ FERRER, Fátima. "*El nuevo delito de ciberacoso o child grooming en el Código Penal español (artículo 183 bis)*", en **Diario La Ley**, 2012, N° 7915.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Derecho Penal Español. Parte especial. (7ª ed.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.

RAMON RIBAS, Eduardo. Minoría de Edad, Sexo y Derecho Penal. Cizur Menor. Aranzadi. 2013.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo. "*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)*", en Sistema de Derecho Penal. Parte Especial (2ª ed.), (Morillas Cueva dir.), Madrid, Dykinson, 2016.

SAVE THE CHILDREN: "*La tecnología en la preadolescencia y la adolescencia: usos, riesgos y propuestas de los y las protagonistas*". Investigadores: CABELLO CÁDIZ, Patricio/ FERNÁNDEZ VILLANUEVA, Icíar (ORJUELA LÓPEZ coord.), 2010. Disponible en: http://www.de0a18.net/pdf/doc_tecno_estudio_riesgos.pdf. (Última visita el 02/05/2018).

TAMARIT SUMALLA, Josep María. "*Acoso cibernético de menores de trece años*", en Comentario a la parte especial del Derecho Penal (10ª ed.), (Quintero Olivares dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2016.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El Delito de Online Child Grooming o Propuesta Sexual Telemática a Menores. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina/ GÓMEZ ADILLÓN, María Jesús. "*Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming*", en

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2016, núm. 18-02. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-02.pdf>. (Última visita el 02/05/2018).

2. JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia nº 97/2015, de 24 de febrero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia nº 864/2015, de 10 de diciembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia nº 109/2017, de 22 de febrero.

Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª). Sentencia nº 221/2015, de 22 de septiembre.

Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª). Sentencia nº 722/2013, de 24 de octubre.

Juzgado de Menores de Orense (Sección 1ª). Sentencia, de 13 de mayo de 2013.

3. ANEXO NORMATIVO

ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 . *Boletín Oficial del Estado*, 31 de enero de 2002, núm. 27, págs. 3917-3921.

ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de septiembre de 2010, núm. 226, págs. 78847-78896.

ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de noviembre de 2010, núm. 274, págs. 94858-94879.

ESPAÑA. 1995. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, págs 33987-34058.

ESPAÑA. 2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 23 de mayo de 2010, núm. 152, págs 54811-54883.

ESPAÑA. 2015. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de marzo de 2015, núm. 77, págs. 27062-27176.

UNIÓN EUROPEA. Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 13, de 20 de enero de 2004, págs 44-48.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 54, de 17 de diciembre de 2011, págs 1-14.